Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften mit beschränkter Haftung als Mitglieder von Personalgesellschaften und der Gläubigerschutz.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt

von

Alfred Stolz

aus Cochem.

Approbiert am 24. Oktober 1930.

Buchdruckerei Peter Gesterhenn, Kaisersesch (Bez. Koblenz)

Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften mit beschränkter Haftung als Mitglieder von Personalgesellschaften und der Gläubigerschutz.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt

von

Alfred Stolz
aus Cochem.

Approbiert am 24. Oktober 1930.

Buchdruckerei Peter Gesterhenn, Kaisersesch (Bez. Koblenz)

Referent: Professor Dr. Liermann

Meinen Eltern

Inhalts-Verzeichnis.

Literatur-Verzeichnis.

Behrend, J. Fr.	Lehrbuch des Handelsrechts, Berlin-Leipzig 1886.
Bericht,	Bericht der in der Generalversammlung vom 30. Sept. 1929 gewählten Revisions-Kommission der Frankfurter Allgemeinen Versicherungs-Aktien-Gesellschaft zu Frankfurt a. M. (im Buchhandel nicht erschienen).
Beuck, W.,	Steuerlich zweckmäßige Gesellschaftsform, Berlin 1922.
Brand,	Das Handelsgesetzbuch, Berlin 1911.
Brodmann, E.,	Aktienrecht, Berlin-Leipzig 1928.
"	Kommentar z. Gesetz betr. die Gesellschaft m. b. H., Berlin-Leipzig 1924.
"	G. m. b. H. & Co. J. W. 1922/1656 ff.
Cahn, Fr.,	G. m. b. H. & Co., Mannheim 1922.
Cohn, Th.,	Das Handels- und Genossenschaftsregister, Berlin 1910.
Cosack,	Lehrbuch des Handelsrechts, 1910.
	Eigene Aktien als Bestandteile des Vermögens der Aktiengesellschaft, Gießen 1907.
Daeschner,	Gestaltungsformen im Gesellschaftsleben des Handelsrechts, Diss. Frankfurt 1921.
Denkschrift,	Denkschrift zum Entwurf eines H.G.B. und E.G., Berlin 1897. Verlag von J. Guttentag.
Derichs,	Zulässigkeit der Beteiligung juristischer Personen des Handels- und des Bergrechts an einer O.H.G. bezw. K.G. vom Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes aus. Diss. Bonn 1927.
Dernburg,	Die allgemeinen Lehren d. bürgerlichen Rechts, Halle 1906.
Düringer-Hachenburg,	Das Handelsgesetzbuch, Bd. 1, 1908, Bd. 4, 1917.
Eltzbacher, P.,	Deutsches Handelsrecht 1924.
"	Offene Handelsgesellschaften und Aktiengesellschaften als Teilnehmerinnen an einer offenen Handelsgesellschaft, Z.H.R. Bd. 45/40 ff.
Entwurf,	Entwurf eines Gesetzes, betr. die Gesellschaften m. b. H., nebst Begründung und Anlage, Amtl. Ausgabe, Berlin 1891 b. Franz Vahlen.
Fischer, R.,	Die Aktiengesellschaft im Handb. d. ges. Handelsrechts von Ehrenberg, Bd. 3, Abt. 1, Leipzig 1916.
Flechtheim,	Die G. m. b. H. als Komplementär einer K.G., J. W. 1923/227 ff.
Derselbe,	Heilung verschleierter Sachgründung, J.W. 1929/2105 ff.
Freimuth,	Die G. m. b. H. in der Rechtsprechung der deutschen Gerichte 1917.
Friedländer, H.,	Konzernrecht, Mannheim-Berlin 1927.
Fuchs, E.,	Zur Grundtypvermischung. J. W. 1927/1677.
Geiler, K,	Gesellschaftliche Organisationsformen des Neueren Wirtschaftsrechts, Mannheim 1922.
Derselbe,	Ueber die Nachgründung, J. W. 1929/2924 ff.

Geller, L., Das Unternehmen, München-Leipzig 1913.

Gierke, J. v., Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, Berlin 1926.

" Die G. m. b. H. im Handwörterbuch der Rechtswissenschaften, 1926.

Gierke, O. v., Die rechtl. Natur d. deutschen Genossenschaft, 1868.

" Deutsches Privatrecht. Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Recht, 1902.

" Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887.

" Grundzüge des Handelsrechts in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie 1904.

" Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht. Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 14, S. 114 ff.

Goldschmitt, E., Die G. m. b. H. KG. vor dem Reichsgericht, J. W. 1922/1671.

Goldschmitt, Fr., Komm. z. H.G.B., München 1929.

" Die Aktiengesellschaft, München 1927.

Greulich, E., Der Kredit der Gesellschaften m. b. H. (Jahrbuch für Nationalökonomie u. Statistik, III. Folge, Bd. 32/721 ff.), Jena 1906.

Hartmann, Die Persönlichkeit der Kollektivgesellschaft und ihre Verbindung mit Handelsgesellschaften, Diss. Bern 1895.

Hausmann, Fr. Grundlegung des Rechts der Unternehmungszusammenfassung, Mannheim 1926.

" Die Tochtergesellschaft, Berlin 1923.

" Die „A.G. als Unternehmer an sich", J. W. 1927/2955.

Hedemann, J. W. Die Grundzüge des Wirtschaftsrechts, Mannheim 1926.

Heinsheimer, Handels- und Wechselrecht, Berlin 1924.

Heuer, Handelsgesellschaften als Mitglieder offener Handelsgesellschaften, Diss. Köln 1926.

Hergenheim-Tuchatsch, Die offene Handelsgesellschaft 1894.

Holdheim, Aktiengesellschaft als Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft in Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen, Berlin 1892, Nr. 20, S. 195.

Horrwitz, Schutz- und Vorratsaktien, Berlin 1926.

Ihering, Der Zweck im Recht, 4. Aufl., 1904.

Isay, R., Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910.

Klein, Die wirtschaftlichen und sozialen Grundlagen des Rechts der Erwerbsgesellschaften, Berlin 1914.

Klein, Die neuere Entwicklung in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft, 1904.

Kunz, Rechtsgebilde als Gesellschafter einer O.H.G., Breslau Diss. 1914.

Kolb, Kann eine Aktiengesellschaft a) einem anerkannten Verein, b) einer offenen Handelsgesellschaft, c) einer eingetragenen Genossenschaft als Mitglied angehören, Erlangen, Diss. 1896.

Lehmann, H., Gläubigerschutz, Mannheim 1926.

Lehmann, K.,	Schutz und Erhaltung kaufmännischer Unternehmungen im Deutschen Handelsrecht. Festschrift für Kohn 1915.
Lehmann-Ring,	Kommentar z. H.G.B., Berlin 1914.
Liefmann, R.,	Kartelle und Trusts, Stuttgart 1918.
"	Die Unternehmungsformen, Stuttgart 1923.
"	Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften, Jena 1923.
Manasse, B.,	Die Praxis der Geschäftsgründung, Berlin 1928.
Lion, M.,	Bilanzreform, Berlin 1928.
Müller-Erzbach,	Umgestaltung der Aktiengesellschaft zur Kerngesellschaft verantwortungsvoller Großaktionäre, Berlin 1929.
"	Deutsches Handelsrecht 1921.
Oertmann,	Allgemeiner Teil, 1908.
Oppenheimer,	Handelsgesellschaften als Mitglieder von Personalgesellschaften, Breslau Diss. 1922.
Passow, R.,	Die Bilanzen der Privaten und Oeffentlichen Unternehmungen, Bd. 2, Leipzig 1923.
"	Die Aktiengesellschaft, Jena 1922.
"	Betrieb, Unternehmung, Konzern, Jena 1925.
Petrazycki,	Aktienwesen und Spekulation, Berlin 1906.
Pinner, A.,	Zur Frage der Grundtypvermischung, J. W. 1922/1676.
"	Nachgründungen, J. W. 1928/2613.
Rehm,	Die Bilanzen, München 1914.
Riffart,	Wie wird die Kreditfähigkeit der Aktiengesellschaft durch ihre Beteiligung an einer O.H.G. beeinflußt? Erlangen, Diss. 1924.
Ring, V.,	Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, Berlin 1893.
Ring, V. - Schachian, H.	Die Praxis der Aktiengesellschaft, Berlin 1929.
Rosendorff, R.,	Die rechtliche Organisation der Konzerne, Berlin 1927.
Runkel, G.,	Die Gesellschaft m. b. H. als persönlich haftender Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft, Diss. Frankfurt 1922.
Runkel-Langsdorf,	Die Folgen des Erwerbs eigener Aktien durch die A.G., Diss. Jena 1906.
Schack, H.	Wirtschaftsformen, Jena 1927.
Scheuing,	Die Führung einer zweiten Firma durch Handelsgesellschaften und deren Teilnahme an einer offenen Handelsgesellschaft, Tübingen, Diss. 1906.
Schmulewitz, M.,	Die Verwaltungsaktien, Berlin 1927.
Scholz, F.,	Komm z. G. m. b. H.-Gesetz, Köln 1928.
Schwarting,	Kann eine G. m. b. H. persönlich haftender Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft sein? Kiel, Diss. 1913.
Semmel,	Die Beteiligung einer A.G. an anderen handelsgesellschaftlichen Unternehmungen, Würzburg, Diss. 1919.
Silberschmitt,	Beteiligung und Teilhaberschaft, Halle 1915.
Sombart, W.,	Die Ordnung des Wirtschaftslebens, 1925.
Spengler, O.,	Der Untergang des Abendlandes, München 1922.

Staub, Komm. z. H.G.B., Berlin-Leipzig 1926.
Stern, Möglichkeit der Bildung einer O.H.G. durch andere Handelsgesellschaften, Erlangen, Diss. 1914.
Taeuber, R., Rechtsgeschäfte und Rechte der Direktoren von Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Berlin 1924.
Unger, W., Der Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Leipzig 1925.
Vierteljahrshefte zur Statistik des Deutschen Reiches.
Wieland, K., Handelsrecht, München 1927.
" Kauf- und Verkauf eigener Aktien durch die A.G. im Verhältnis zu den aktienrechtlichen Bestimmungen über die Rückzahlung der Einlage der Aktionäre und der Herabsetzung des Grundkapitals, Z.H.R. Bd. 67.
Zielinski, G., Grundtypvermischung und Handelsgesellschaftsrecht, Marburg 1925.

Teil I.

a. Allgemeine Gesichtspunkte für die Lösung des Problems.

„Gegenüber den fest ausgeprägten Korporationsformen der Zwischenzeit hat die moderne Association so gut wie die mittelalterliche Einung etwas Fließendes an sich, das nothwendige Merkmal einer Zeit kräftigen Werdens. Sie ist daher reich an Uebergangsformen und Zwischengestaltungen, an kurzlebigen, nur eine vollendetere Rechtsbildung vorbereitenden Erscheinungen, an einer Fülle von Kreuzungen und Kombinationen, die sich schwer der Systematik fügen"[1]). So sah vor nahezu 60 Jahren der Altmeister des deutschen Genossenschaftsrechts die Entwicklung des deutschen Handels-Gesellschaftswesens voraus. In diesen Worten liegt das intuitive Erfassen der das Recht gestaltenden wirtschaftlichen und sozialen Zeiterscheinungen. Jedes kodifizierte Recht ist zeitgebunden. Es ist aufgebaut auf den Erfahrungen und den Bedürfnissen seiner Zeit. Andere Zeiten haben neue Bedürfnisse. Das schöpferische Leben höhlt die alten Formen aus, umspült sie, schleift sie ab und wandelt sie um, bis neue Formen entstehen. „Dieser stagnationsfeindliche Prozeß tritt nun gerade bei den Organisationsformen des modernen Gesellschaftsrechts besonders stark in die Erscheinung"[2]). Der Drang der Wirtschaft nach Assoziation und Organisation hat hier Formen geschaffen, die tatsächlich den von Gierke vorausgesehenen Formen genau gleichen.

Kaum eine Materie des modernen Rechts wurzelt so lebendig und sichtbar in der wirtschaftlichen Sphäre wie das Gesellschaftsrecht[3]). Deshalb wird es notwendig sein, daß im Laufe der Untersuchung auch wirtschaftliche Gesichtspunkte berücksichtigt werden. Dies wird zu keinen Bedenken Anlaß geben, wenn nur klar herausgearbeitet wird, daß dieses wirtschaftliche, jenes juristische Erwägungen sind. Die Synthese wird zum Ziel und Ergebnis führen. Man muß sich immer die Tatsache vor Augen halten, daß das Privatrecht den Geist des jeweiligen sozialen und wirtschaftlichen Daseins darstellen soll[4]). Aber wirtschaftliches Denken und Handeln ist nur eine Seite des

---

[1]) v. Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, S. 652.
[2]) Geiler, Gesellschaftl. Organisationsformen d. Neueren Wirtschaftsrechts S. 1.
[3]) Zielinski, Grundtypvermischung, S. 2.
[4]) Spengler, II, 94.

Lebens, die in falsche Beleuchtung rückt, sobald man sie als eine selbständige Art von Leben betrachtet.[1] Das ist des öfteren nicht genügend in den Arbeiten berücksichtigt worden, die sich mit unserem Problem beschäftigten.

Teils war man den Interessen und Wünschen des Wirtschaftslebens gegenüber zu positiv eingestellt (Cahn und Oppenheimer), teils hielt man sich zu eng an die starren Grenzen juristischer Dogmen (Kolb). Ein juristisches Werturteil soll aber immer Wirtschaftsdenken und Rechtsdenken in sich vereinen.

Das Bayerische Oberste Landesgericht hat in seiner grundlegenden Entscheidung vom 16. 2. 1912 erklärt, daß das Gesetz bezüglich der Grundtypvermischung keine positiven Vorschriften enthält. Deshalb wird es von Vorteil sein, wenn man das Problem der Grundtypvermischung von einem Gedanken aus prüft, der für die Gestaltung der Organisationsformen der Handelsgesellschaften von größter Bedeutung war. Das ist der Schutz der Gläubiger.

Die Untersuchung der Vermischung der handelsgesellschaftlichen Grundtypen von diesem Gesichtspunkt zeigt die Möglichkeit, uns über die Einzelfragen von einem einheitlichen Gedanken aus zu unterrichten. Alles, was außerhalb des Problems Gläubigerschutz liegt, geht über die Grenzen unserer Arbeit hinaus.

b. Klarstellung unter Begrenzung des Begriffes Gläubigerschutz.

Vor der Darstellung der Verschiedenheit des Gläubigerschutzes bei den handelsgesellschaftlichen Grundtypen wird notwendiger Weise eine Klarstellung und eine für unsere Arbeit notwendige Begrenzung des Begriffes Gläubigerschutz gesetzt werden müssen.

Der Schutz des Gläubigers hat immer zur Voraussetzung, daß Kredit gewährt worden ist. Der Begriff des Gläubigerschutzes ist dabei sowohl auf das innere Kreditverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern (Aktionäre) zu beziehen,[2] als auch auf die zweite Seite des gesellschaftlichen Kreditproblems, nämlich auf das Kreditverhältnis nach außen, oder auf jenes finanzielle Verhältnis, das zwischen der Gesellschaft und den mit ihr in Geschäftsverkehr tretenden Personen besteht.[3]

Ohne Kredit ist ein geregelter Gang der Volkswirtschaft heute nicht mehr möglich. „Es ist kein wirtschaftlicher Verkehr heute denkbar, in dem nicht Fälle eintreten, die das Hinausschieben einer in der Gegenwart bereits fälligen Leistung oder Zahlung notwendig machen".[4]

---

[1] Spengler, II, 587.
[2] Passow, Aktiengesellschaft, S. 324.
[3] Liefmann, Unternehmungsformen, S. 76.
[4] Phillippovich, Grundriß der Politischen Oekonomie, I, 10. Aufl., S. 326.

Der teilweise durch Ueberproduktion und Absatzschwierigkeiten veranlaßte rücksichtslose Konkurrenzkampf zwingt den nicht im Kartell stehenden Unternehmer zur Lieferung gegen Kredit. Die Frage, ob man gegen bar oder auf Kredit liefern soll, gibt es praktisch fast nicht. Der Großlieferant, der überhaupt Geschäfte machen will, muß Kredit geben.

Andererseits ist aber auch gerade der Großunternehmer, der im schärfsten Wettkampfe mit dem Auslande steht, zu einem immer weiter gehenden Ausbau und zur Rationalisierung seines Werkes gezwungen, Aufgaben, die er nur durch Hereinnahme von Kredit lösen kann; als Beweis mögen die Bilanzen der großen Aktiengesellschaften dienen. (Krupp A.G., J.G. Farben-Industrie A.G. und die Amerikaanleihen großer Werke, wie die der A.E.G. und Siemens-Schuckert).

„Kredit ist stets ein Vertrauensverhältnis".[1] Vertrauen ist das Hauptcharakteristikum des Kredits[2] und nicht wie Knies[3] behauptet, das zeitliche Auseinanderfallen von Leistung und Gegenleistung. Das ist ein selbstverständlicher Inhalt des Kredits, Vertrauen aber ist sein Wesen, Vertrauen darauf, daß der Andere seine aus dem Kreditverhältnis entstehenden Verbindlichkeiten zurückleisten will, kann und muß. Nur wenn dieses Vertrauensverhältnis irgendwie vorhanden ist, wird der Kapitalist bereit sein, dieses herzugeben und so Gläubiger zu werden.

Aufgabe des Gesetzgebers ist es also, dieses Vertrauensverhältnis durch positive Rechtsvorschriften zu schaffen. Ziel eines gesunden Kreditschutzes kann nicht sein, entstandene Verluste zu heilen, eventuell durch Kreditversicherungen und andere Maßregeln, wie das oft vorgeschlagen wird. So geht augenblicklich wieder eine Bewegung durch die deutsche Wirtschaft, die die Kreditfledderei durch organisatorische Maßnahmen innerhalb der Wirtschaft ausrotten will.[4]

Es darf bezweifelt werden, ob diese Bemühungen wirklich Erfolg haben werden, weil das Ueberwachungsgebiet für private Organisationen viel zu groß und mannigfaltig ist. Es wird vielmehr Sache des Rechts sein, hier Vorsorge zu treffen. Tatsächlich hat denn auch das kodifizierte Recht hier weitgehende Maßregeln getroffen, wie das gesetzliche Pfand- und Zurückbehaltungsrecht, die Sicherungs-

[1]) Phillippovich, a. a. O., S. 326.

[2]) Kohn, G., Grundlegung der Nationalökonomie, 1885, S. 552; Wagner, Der Kredit und das Bankwesen in Schönbergs Handbuch der politischen Oekonomie 1896, S. 415.

[3]) Knies, Geld und Kredit 1885.

[4]) Handelsblatt der Köln. Ztg. vom 9. 3. u. 27. 4. 1929; Lehmann, Gläubigerschutz 1926; Kleffner, Die Organisation des korporativen Kreditschutzes in Deutschland, Diss. 1926.

übereignung und Bürgschaft, und dann vor allem die Register und hier besonders wieder die Handelsregister.[1])

Diese Institute stellen, wenn sie richtig angewandt werden, wirkliche Sicherungseinrichtungen dar.

Gerade im Gesellschaftsleben hat der organisatorische Kreditschutz eine große Aufgabe zu erfüllen. Hier mußte der Gesetzgeber, weil eine unbestimmte Vielheit Träger des Kredits ist, besonders scharfe Maßregeln als objektive Unterlagen für den Kredit schaffen. Das hat er in den verschiedenen rechtlichen Organisationsformen getan, in die er die Handelsgesellschaften eingekleidet hat. Die Organisationsformen sollen sowohl der Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse, unter denen die Gesellschaftsmitglieder nach innen und außen zu arbeiten wünschen, dienen, als auch der Kreditwürdigkeit der Handelsgesellschaften.

Wie der Gesetzgeber dieses Ziel des Gläubigerschutzes durch die Organisationsformen, die er den Handelsgesellschaften gegeben hat, erreicht hat, werden spätere Teile der Arbeit zeigen.

Dieser Kreditschutz, der in der rechtlichen Organisation der Gesellschaftsformen begründet liegt, läßt sich unter dem Begriff Gläubigerschutz zusammenfassen.

c. **Begriff der Mitgliedschaft.**

Das Handelsrecht kennt zwei verschiedene Formen der Mitgliedschaft (Beteiligung und Teilhaberschaft), die wegen ihrer gegensätzlichen Art auch ganz verschiedene Rechte und Pflichten begründen. Der Gegensatz tritt besonders bei der Grundtypvermischung in Erscheinung.[2])

Bei der Beteiligung tritt nur die Verpflichtung zu einer ganz bestimmten Leistung ein. Die Leistung besteht regelmäßig in Geld, kann allerdings auch ausnahmsweise in anderen geldwerten Leistungen bestehen. Eine weitergehendere Verpflichtung besteht nicht. Die Beteiligung des Gesellschafters am Gesellschaftskapital stellt sich in seinem Geschäftsanteil dar, der sich aus der Einlage zuzüglich des Gewinnes und abzüglich des Verlustes ergibt. Direkte persönliche Beziehungen zum Kontrohenten der Gesellschaft und Haftungsverhältnisse gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft bestehen nicht. Dies ist die Rechtslage für die Aktionäre der Aktiengesellschaften und für die Mitglieder der Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Gleichartige Verhältnisse liegen bei den Kommanditisten vor, die beschränkt haften und denen ein Recht auf die Geschäftsführung der Gesellschaft nicht zusteht. Deshalb hat die Rechtsprechung die Beteiligung juristischer Personen des Handelsrechts als Kommanditisten der K.G. stets zugelassen.[3])

---

[1]) Lehmann, Gläubigerschutz S. 55.
[2]) Silberschmidt, Beteiligung oder Teilhaberschaft, S. 158.
[3]) R.G.E. 37, S. 145 und 44, S. 133; O.L.G.R. 40. S. 190; Wieland, S. 834; Staub, § 161, Anm. 4.

Die Teilhaberschaft dagegen setzt eine Rechtsgemeinschaft am Unternehmen voraus. Die Verpflichtung des Teilhabers erschöpft sich nicht in der Leistung eines Geldbetrages, sie erstreckt sich vielmehr auf sein ganzes Vermögen. Als Ausgleich für diese größeren Pflichten stehen ihm aber auch größere Rechte zu. Den Teilhabern stehen die Zuwendungen für den gemeinschaftlichen Zweck gemeinschaftlich zu. (L.Z. 1914, S. 850). Sie sind die Träger des Unternehmens und sie haben sowohl das Recht als auch die Pflicht zur Geschäftsführung und zur Vertretung. Die Teilhaberschaft ist also mehr persönlicher Natur, während die Beteiligung nur kapitalistischer Natur ist.[1])

Der Begriff der Teilhaberschaft bildet die Grundlage für das Recht der Personalgesellschaft. Die Problemstellung und Untersuchung vorliegender Arbeit bezieht sich demgemäß nur auf die Teilhaberschaft.

Teil II.

Untersuchung der Kreditwürdigkeit und des Gläubigerschutzes in rechtlicher Beziehung.

a. Bei den Personalgesellschaften.

Die Durchführung des Gläubigerschutzes ergab sich für den Gesetzgeber bei der O.H.G. aus der Natur der Sache. Er brauchte nur die rechtlichen Umstände, die beim Einzelkaufmann den Gläubigerschutz garantieren, ins Große zu übersetzen und für die gesellschaftliche Form zu kodifizieren.

Beim Einzelkaufmann wird der Gläubigerschutz gewährleistet durch das unbedingte persönliche Eintreten für die Verbindlichkeiten, die er unter seiner eingetragenen Firma bezw. unter seinem Namen eingegangen hat. Bei der O.H.G. ist der Kreditschutz im wesentlichen in der gleichen Weise erreicht worden. Ihre geschichtliche Entstehungsform deutet schon darauf hin. Man darf heute mit der herrschenden Meinung annehmen, daß die O.H.G. sich aus dem germanischen Rechtsgebilde der Gemeinschaft zur gesamten Hand ableitet. Diese Theorie fand ihren bedeutensten Vertreter und Vorkämpfer in Gierke[2]), der sie erfolgreich gegen die römisch-rechtlichen Theorien (juristische Person — relativ juristische Person — societas) vertreten hat. Heute ist sie von Wissenschaft und Rechtsprechung als herrschend anerkannt.

---

[1]) Ehrenberg, A.G. und Aktienrente im Thünen-Archiv, Bd. I., S. 73 ff. Friedländer, Konzernrecht, S. 110.

[2]) v. Gierke, Theorie, S. 344 ff., 436 ff.
Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Recht, S. 13 ff.;
Deutsches Privatrecht S. 363 ff.

Danach erscheint es als sicher, daß die O.H.G. aus der Familiengemeinderschaft (Ganerbschaft) hervorgegangen ist, indem anfänglich die im gleichen Haushalt lebenden Brüder das Geschäft des Vaters ungetrennt fortführten, später aber dieses ungetrennte Gesamthandgewerbe bei Fundierung eines neuen Geschäftes als Ganzes übernommen wurde.[1])

Die O.H.G. nahm demgemäß ihren Ausgangspunkt von der persönlichen Haftung eines Einzelnen. Im heutigen H.G.B. ist es nun so, daß die mehreren Sozien in ihrer Gesamtheit in dem gemeinschaftlichen Unternehmen die gleiche Stellung einnehmen, wie der Einzelkaufmann allein in seinem Geschäft; sie verhalten sich mit ihrem komplementaren Vermögen zu dem Kapitalfonds der O.H.G., wie der Alleinunternehmer mit seinem ganzen Unternehmen zu dem besonderen Vermögen des Unternehmens.[2])

Die O.H.G. ist im Grunde nichts anderes als eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, verschieden nur durch die schärfere Ausarbeitung des Prinzips zur gesamten Hand. Deshalb ergänzt auch das Recht der bürgerlichen Gesellschaft das der O.H.G., namentlich im Innenverhältnis (§ 105 II H.G.B.) Die Gesellschafter der O.H.G. sind durch ein Rechtsverhältnis zusammengeschlossen, das ihre Vielheit wie ein gemeinschaftliches Band zusammenschweißt.[3]) Dieses Rechtsband umfaßt sowohl personen- wie obligationsrechtliche Verhältnisse und ist zugleich aber auch mit unmittelbarer sachenrechtlicher Wirksamkeit ausgestattet.[4]) Die zu einer subjektiven Einheit zusammengeschlossene Vielheit der Gesellschafter erhebt sich aber nicht zu einer selbständigen rechtlichen Person. Es bleibt vielmehr eine Gemeinsphäre bestehen,[5]) die zwar absolut über dem einzelnen Gesellschafter steht, aber von diesem unmittelbar und mit der ganzen Persönlichkeit getragen wird.

Die Assoziation ergreift demgemäß mit der Person jedes der Gesellschafter auch dessen Gesamtvermögen. Dabei ist es vollständig gleich, ob der Betriebsfonds des Unternehmens nur aus geringen Einlagen zusammengesetzt ist und ob die Einlagen verschieden sind.[6]) Damit ist die Untersuchung am Kernpunkt der Gestaltung des Gläubigerschutzes angelangt.

---

[1]) Paul Rehme, in Ehrenbergs HB. 1913, Bd. I., S. 103, Anm. 55. Wieland, a. a. O., S. 522.
[2]) Geller, Das Unternehmen, S. 44.
[3]) Gierke, Theorie, S. 453.
[4]) Ders. Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung, S. 343 und Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Recht, S. 13.
[5]) Ebenda.
[6]) Geller, Das Unternehmen, S. 44.

Der folgende Abschnitt soll aber zunächst noch zeigen, wie die äußere Gestaltung des Gläubigerschutzes durch das Auftreten der O.H.G. im kaufmännischen Verkehr organisiert ist.

Nach außen muß die O.H.G. unter einer gemeinschaftlichen Firma auftreten. Durch den Gebrauch der Firma wird die O.H.G. als solche berechtigt und verpflichtet — analog dem Einzelkaufmann und im Gegensatz zu der bürgerlichen und stillen Gesellschaft. Die O.H.G. muß sich in der Firmenbezeichnung als Gesellschaft zu erkennen geben. Zudem muß die Firma dem bürgerlichen Namen eines Gesellschafters entnommen sein. (§ 19 I H.G.B.). Die O.H.G. ist weiterhin von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden und die zeichnungsberechtigten Gesellschafter haben die Firma nebst ihrer Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen (§§ 106 und 108 H.G.B.). Durch diese Maßregeln wird Offenheit und Rechtssicherheit des Verkehrs angestrebt und damit die Möglichkeit eines Vertrauensverhältnisses zwischen Schuldner und Gläubiger geschaffen.

Diese Vorschriften ermöglichen dem, der in geschäftliche Beziehungen zu der O.H.G. treten will, eine genaue Information über die Personalgesellschaft bezw. deren Gesellschafter.

Die persönlichen Haftungsverhältnisse bilden aber den eigentlichen Inhalt des Kredit- bezw. Gläubigerschutzes bei der O.H.G. Laband[1]) geht sogar so weit, in den Haftungsformen die Kriterien für die einzelnen Formen der Handelsgesellschaften zu sehen. Er leugnet die Notwendigkeit eines Gesellschaftsverhältnisses als conditio sine qua non. Wesentlich für die O.H.G. oder K.G. sei lediglich die Gesamtverpflichtung aus sämtlichen Verbindlichkeiten, die sich aus den unter der Firma getätigten Geschäften ergeben (Firmenhaft). Wenn dem auch nicht zugestimmt werden kann, schon deswegen nicht, weil für den Eintritt der rechtlichen Wirkungen einer O.H.G. oder K.G. von Gesetzes wegen ein Gesellschaftsverhältnis notwendig ist,[2]) so geht daraus doch die besondere Bedeutung der Haftung für die Gesellschaftsform hervor. Für die O.H.G. ist die persönliche Haftung der Gesellschafter Begriffsmerkmal und für den Gläubigerschutz ist sie das Wesentliche.

Die O.H.G. als Einheit ist vermögensfähig (§ 124 H.G.B.). Daraus ist abzuleiten, daß die O.H.G. auch Trägerin von Verbindlichkeiten sein kann, denn für den Begriff Vermögen sind sowohl Aktiva als auch Passiva wesentlich. Das Vermögen ist eine universitas iuris, d. h. es strahlt Rechte aus, wird aber andererseits auch von fremden Rechten betroffen.

---

[1]) **Laband**, ZHR. 30, S. 506.
[2]) **Dür.-Hach.**, Komm. z. HGB., Bd. 4, S. 352.

Weil der Gesellschafter nun Mitträger des Gesamtvermögens als Einheit geworden ist, so ist er auch Träger der Verbindlichkeiten. Die Verbindlichkeiten der O.H.G. sind demnach zugleich Verbindlichkeiten der Gemeinschaft als auch der einzelnen Gesellschafter — Gesamtschulden der Gesellschaft, Sonderschulden der Gesellschafter.[1]) Sonderschuld auf gesetzliche Haftung sind von Gesetzes wegen unbeschränkbar.[2])

Ob die Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden als eigene haften[3]) oder als fremde, gleichsam im weiteren Sinne als selbstschuldnerische Bürgen,[4]) ist für unser Problem belanglos; in jedem Falle ist der Gesellschafter der O.H.G mit seiner gesamten Persönlichkeit in die Geschicke der Gesellschaft verflochten.[5])

Diese im § 128 H.G.B. statuierte Solidarhaftung der einzelnen Gesellschaftsmitglieder dient im besonderen Maße dem Schutze der Gesellschaftsgläubiger. Im Verkehrsleben gilt es immer als eine besondere Erleichterung, wenn es dem Gläubiger freisteht, diesen oder jenen Schuldner für eine Verbindlichkeit in Anspruch nehmen zu können. Besonders wird diese Erleichterung dem Gläubiger zustatten kommen, wenn die Gesellschaft nicht bezahlen will oder kann. Er muß dann nicht zuerst die Gesellschaft verklagen und eine vielleicht fruchtlose Zwangsvollstreckung in ihr Vermögen versuchen, sondern er kann für seine Forderung sofort den zahlungsfähigsten der Gesellschafter belangen. Das ist die funktionelle Bedeutung der Gesellschafterhaftung.[6]) Durch diese Solidarhaftung verbürgt die Personalgesellschaft auch bei verhältnismäßig geringem Gesellschaftsvermögen eine ausgezeichnete Kreditsicherheit. Der juristische Schuldgrund für diese Solidarhaftung interessiert hier nicht.[7]) Der wirtschaftspolitische Grund für diese Regelung war der, daß der Gesellschafter, der seinen Personalkredit in die Gesellschaft eingebracht hat,[8]) auch persönlich für die lautere Anwendung dieses Kredits durch die Gesellschaft, deren Mitträger er ist, einstehen soll.

Diese unbeschränkte Gesellschafterhaftung erübrigt Sicherheitsmaßregeln realer Art und macht die O.H.G. zu einer für den kaufmännischen Kredit besonders geeigneten Gesellschaftsform.[9])

---

[1]) Lehmann-Ring, Komm. H.G.B. § 128,3.
[2]) Wieland, a. a. O., S. 636.
[3]) Dür.-Hach. § 128,5; Staub, § 128,5, 15, 16; Gierke, Arch.-Bürgerl. Recht 19, 127.
[4]) Wieland, a. a. O., S. 636.
[5]) Ders.: a. a. O., S. 521.
[6]) Ders.: a. a. O., S. 836.
[7]) S. darüber Staub, § 128, Anm. 2; Gierke, Arch.-Bürgerl. Recht, S. 127; R.G. in J.W. 1916, S. 1409 ff.
[8]) Gierke, Grundzüge des Handelsrechts in Holtzendorf-Kohlers Enzyklopädie Bd. 3, S. 931.
[9]) Dür.-Hach-Komm. § 128,1.

Die Kreditgrundlagen der K.G. beruhen im wesentlichen auf den gleichen Rechtsverhältnissen. Soweit die Komplementäre in Frage kommen, liegt gegenüber der O.H.G. überhaupt kein Unterschied vor. Da ihnen von Gesetzes wegen unter Ausschluß der Kommanditisten die Vertretung zusteht,[1] bleibt der für die O.H.G. bestehende Grundsatz, wonach die verantwortlichen Leiter des Unternehmens mit ihrem ganzen Vermögen haften, bestehen.[2]

Auch durch den Gesellschaftsvertrag kann der nur mit beschränktem Kapitalrisiko beteiligte Kommanditist nicht zum gesetzlichen Vertreter bestellt werden.[3] Damit ist die Verantwortlichkeit und Lauterkeit der geschäftlichen Führung im gleichen Maße gewährleistet, wie bei der O.H.G.

Daneben haftet aber auch der Kommanditist dem Gläubiger der Gesellschaft unmittelbar und persönlich.[4] Allerdings sind Schuld und Haftung auf die in das Handelsregister einzutragende Summe beschränkt. Durch die Einsicht in das Handelsregister ist aber dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben, sich über die Haftungsverhältnisse zu unterrichten.

Eine Herabsetzung der Kommanditsumme ist, solange sie nicht in das Handelsregister eingetragen ist, für den Gläubiger ohne Bedeutung. Ein Erlaß oder Stundung der Einlage seitens der Gesellschaft dem Kommanditisten gegenüber ist für den Gläubiger nicht verbindlich (§ 172 II H.G.B.), eine Zurückzahlung der Einlage gilt den Gläubigern gegenüber als nicht geleistet, sodaß sie sich weiterhin unmittelbar an die Kommanditisten halten können.

b. Bei den Kapitalgesellschaften.

Der italienische Entwurf eines H.G.B. von 1925 stellt fest, daß gegenwärtig in der ganzen Welt eine starke Strömung zur Beschränkung der Haftung besteht.[5] Die neuere Rechtsentwicklung und Rechtsprechung zeigen das leise Bestreben nach einer Ausdehnung der beschränkten Haftung auch auf die Personalgesellschaften und selbst auf den Einzelunternehmer.[6]

Diese Entwicklung ist bedingt durch das Auseinanderfallen von Mitgliedschaft und Geschäftsführungsrecht. Eine solche Trennung ist das Wesen eines hochkapitalistischen Zeitalters. Das Geld ist selbstherrlich geworden. Im 17. Jahrhundert hatte man schon den originellen

---

[1] Dür.-Hach.-Komm. § 170,2.
[2] Wieland, a. a. O., S. 754.
[3] Dür.-Hach.-Komm. § 170,4 und Wieland, S. 754.
[4] Ders. „ § 161,6 und Wieland, S. 738.
[5] Müller-Erzbach, a. a. O., S. 39.
[6] Wieland, a. a. O., S. 490; weitere Literaturübersicht bei Friedländer, Konzernrecht S. 125.

Versuch gemacht, Erwerbsunternehmen ausschließlich aus Geldbeträgen zu bilden und so das Geld selbst zum Unternehmer zu machen.[1]) Wenn dieser Versuch naturgemäß auch mißlingen mußte, so war er doch symbolisch für die weitere Entwicklung und wenn die Hansa im Jahre 1627 in einer Antwort an den deutschen Kaiser es als unerhört bezeichnete, mit einem zusammengeschlossenen Fonds unter Aufsicht und Leitung fremder Direktoren Handel zu treiben,[2]) so ist diese Ansicht heute gründlich überwunden.

Die Aktiengesellschaft stellt die reinste Form der Kapitalassoziation dar. Die Mitglieder haben als einzig wirkliche Pflicht die Kapitaleinlage zu leisten. Die A.G. setzt also Kapital voraus. Sie ist die Form gewordene Repräsentation des Kapitalismus. Wenn man eine Definition des Begriffes Kapitalismus gibt, dann gibt man gleichzeitig eine Definition der Aktiengesellschaft.

Oppenheimer[3]) hat einmal Kapitalismus als eine Beziehung zwischen Personen, vermittelt durch Sachen, erklärt. Die Aktiengesellschaft ist nichts anderes. Die Aktionäre werden durch die Aktien materiell verbunden. Persönliche Beziehungen fehlen. Und wenn v. Below[4]) Kapitalismus als „die Verwendung von viel Kapital" bezeichnet, so trifft das auch das Wesen der Aktiengesellschaft. Zudem gibt von Below[5]) als Kennzeichen des Kapitalismus das kapitalistische Unternehmen an.

Um das Kapital für das kapitalistische Unternehmen wirksam zu machen, braucht man die Effekten. Man faßt unter diesem Begriff die vertretbaren Wertpapiere, vor allem Inhaberpapiere, Aktien und Obligationen zusammen.

Auf diese Weise wird es möglich gemacht, daß Hunderte und Tausende Mitglieder der Aktiengesellschaft werden. Große Kapitalmassen sind auf diese Weise bei den Aktiengesellschaften als Gläubigerguthaben[6]) angelegt. Alle großen Unternehmen der Berg- und Hütten-, der Schiffahrts- und technischen Industrie sind fast durchgehend in die Form von Aktiengesellschaften gekleidet.[7])

---

[1]) Klein, Die neuere Entwicklung in Verfassung und Recht der AG., S. 1.
[2]) Geiler, Organisationsformen des Neueren Wirtschaftsrechts, S. 1.
[3]) Oppenheimer, Vorlesung im W.S. 22/23, Frankfurt „Geschichte des Sozialismus.
[4]) v. Below, Probleme der Wirtschaftsgeschichte 1920, S. 400.
[5]) Ders.: a. a. O., S. 402.
[6]) Marx, Engels, Knies, Thering, A. Wagner u. a. sind der Ansicht, daß die Aktionäre zwar nicht rechtlich, aber doch wirtschaftlich wirkliche Kreditgeber sind. Siehe die Literaturzusammenstellung bei Passow, Die Aktiengesellschaft, S. 324 ff.
[7]) Im Jahre 27 war in den deutschen Aktiengesellschaften ein Nominalkapital von 21 542 Millionen Mark investiert.

Es liegt demgemäß im Interesse der Wohlfahrt und Sicherheit unserer Volkswirtschaft, die gesamten Gläubigerinteressen vor Gefahren zu schützen, und dies umsomehr, als den Gläubigern das Privatvermögen der Aktionäre vollständig entzogen ist. (R.G. 21/156).

Das Gesellschaftsvermögen bildet den alleinigen Haftungsfonds. Dieses zu erhalten und vor einer Gefährdung zu schützen, ist Sache des Gesetzgebers.

Es wird zu untersuchen sein, ob es dem Gesetzgeber gelungen ist, die reale Haftung derart zu sichern, daß sie der persönlichen Haftung der offenen Handlungsgesellschafter gleichkommt. Wenn das der Fall ist, wird gegen eine Beteiligung der A.G. an einer O.H.G vom Standpunkt des Gläubigerschutzes aus nichts einzuwenden sein, es sei denn, daß im Falle der Beteiligung diese Sicherheitsmaßregeln aufgehoben werden.

Die Rechtsvorschriften, mit denen der Gesetzgeber die Gläubiger zu sichern sucht, sind nicht in einem besonderen Abschnitte des Aktienrechts kodifiziert, sondern finden sich verstreut im ganzen Aktienrecht.

Unter der früheren Ordnung des Konzessionssystems bestand unmittelbare staatliche Kontrolle. Es war sowohl die ordnungsgemäße Ausgestaltung der A.G. bei ihrer Entstehung durch strenge Prüfung sämtlicher Grundlagen, als auch die sorgfältige Ueberwachung des Geschäftsbetriebes garantiert. An Stelle dieses Systems trat das Nomativsystem. Dieses sucht durch starre, strenge und zwingende Normen, die den Entstehungsherrgang, die Verwaltung und Verfassung regeln, die Sicherheit des Verkehrs zu gewährleisten. So entstand das für den Schutz der Gläubiger überaus wichtige Prinzip der Publizität. Dieses ordnet an, daß alle Vorgänge des Verbandslebens, die für das große Publikum Bedeutung haben, zur öffentlichen Kenntnis gebracht werden. Dadurch wird einerseits ermöglicht, daß die mit der A.G. im Tauschverkehr stehenden Personen ihr geschäftliches Verhalten zweckgemäß einrichten können, und andererseits, daß diejenigen Kaufleute, die erst mit der Aktiengesellschaft in geschäftliche Verbindung treten wollen, sich die notwendige Kenntnis über die geschäftlichen Verhältnisse der A.G. verschaffen können.

Weiterhin wird der Allgemeinheit durch das Publizitätsprinzip eine gewisse moralische Kontrolle der Verhältnisse der Aktiengesellschaft ermöglicht. Wenn diese Kontrolle auch nicht immer durchschlagkräftig ist, so hat sie sich im allgemeinen doch gut bewährt.

Der Gesetzgeber hat den Grundsatz der Offenkundigkeit mit den verschiedensten Vorschriften erreicht.

Zuerst muß die A.G. unter einem Namen, d. h. unter einer Firma auftreten, die in der Regel dem Gegenstand des Unternehmens entnommen sein muß. (§ 20 m H.G.B.). Außerdem muß die Firma

unter allen Umständen mit dem Zusatz A.G. versehen sein. Dadurch wird der Kaufmann, der in geschäftliche Beziehungen zu dem Unternehmen treten will, sofort aufgeklärt, daß er es mit einer A.G. zu tun hat, die diesen oder jenen Geschäftszweig betreibt.

Der Vorstand, dessen sich die A.G. als Organ bedienen muß, hat stets bei der Firmenzeichnung seine Namensunterschrift hinzuzufügen (§ 233 H.G.B.). Bezüglich des Prokuristen gelten die allgemeinen Vorschriften des § 51 H.G.B.).

Besondere Bedeutung hinsichtlich der Informierung und des Schutzes der Gläubiger kommt naturgemäß dem Handelsregister zu. Im modernen Wirtschaftsleben spielen die Handelsregister eine große Rolle. Die Registereintragung und die diesbezüglichen Veröffentlichungen bilden die Grundlage bei Eingehung von Geschäftsverbindungen seitens des gutgläubigen Dritten.[1]) Nach der Praxis haben die Eintragungen in das Handelsregister die Vermutung der Gesetzmäßigkeit des Eintrags für sich.[2]) Das K.G. hat sogar dahin entschieden, daß die Vermutung der Richtigkeit des Registerinhalts bestehe, daß er also mit der Wirklichkeit übereinstimme.[3])

Besonders gilt aber das, was nicht in das Handelsregister eingetragen ist, nicht gegen gutgläubige Dritte. Unrechtmäßige Eintragungen sind im § 313 I u. III H.G.B. unter Strafe gestellt.

Der Gesetzgeber wollte mit dem Eintragungs- und Veröffentlichungszwang den guten Glauben im geschäftlichen Verkehr schützen.

Für die A.G. besteht ein besonders weiter Eintragungspreis. Die meisten für die Gesellschaft und das Publikum wichtigen Vorgänge müssen eingetragen werden, insbesondere diejenigen Tatsachen, die für die Eingehung von Rechtsgeschäften mit der Gesellschaft von Bedeutung sein können.

Die Befugnisse des Registerrichters im Aktienrecht gehen über die Maßnahmen des § 14 H.G.B. hinaus. Im § 319 H.G.B. sind diese größeren Befugnisse niedergelegt. Weiterhin ordnet der Gesetzgeber an, daß die eingetragenen Tatsachen im Reichsanzeiger und in anderen, meistens durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Blättern, veröffentlicht werden. Dadurch werden den interessierten Kreisen, besonders also den Gläubigern, die Verhältnisse der Aktiengesellschaft in großzügiger Weise bekannt gemacht.

In diesen Vorschriften erschöpft sich das Publizitätsprinzip. Es bildet nur die formale Seite des Gläubigerschutzes.

---

[1]) Greulich, a. a. O., S. 722.
[2]) Staub, Anhang zu § 8, Anm. 11, R.G. 41/22.
[3]) O.L.G.R. 14/159.

In erster Linie kam es naturgemäß darauf an, die finanziellen Grundlagen und damit den Haftungsfonds für die Gläubiger zu sichern. Denn davon hängt es vorwiegend ab, ob die Sachhaftung der Aktiengesellschaft der persönlichen Haftung der offenen Handelsgesellschafter gleichzustellen ist.

Das Gesellschaftsvermögen der Aktiengesellschaft ist eine variable Größe. Darin liegt für den Gläubiger eine Gefährdung. Um diese auszuschalten, hat der Gesetzgeber eine feststehende, unveränderliche Größe, das Grundkapital, geschaffen. Die Sicherung dieses Grundkapitals ist durch die verschiedensten rechtlichen Vorschriften gewährleistet.

Die Aktiengesellschaft kann nicht in das Handelsregister eingetragen und somit nicht rechtsfähig werden, wenn nicht 25% des Grundkapitals eingezahlt worden sind.

Es war aber auch das Bestreben des Gesetzgebers, die Gesellschaft bei und nach der Entstehung liquid zu sehen. Aus diesem Grunde sind Sacheinlagen an erschwerende Umstände geknüpft. Denjenigen, die Sachen einbringen, ist eine sehr strenge zivil- und strafrechtliche Haftung auferlegt.

Jede Befreiung des Aktionärs von seiner Leistungspflicht, sowie die Aufrechnung einer Forderung gegen diese Leistung ist ausgeschlossen. (§ 221 H.G.B.). Unterpariausgabe ist verboten. Nachgründungen, durch die die Liquidität der Gesellschaft beeinträchtigt werden könnte, sind durch den § 207 H.G.B. unmöglich gemacht. Für die ordnungsgemäße Durchführung dieser Vorschriften sind die Gründer und Gründergenossen, sowie die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder verantwortlich (§ 202 I und IV und § 204 H.G.B.).

Auf diese Weise wird erreicht, daß die Gesellschaft mit intaktem Grundkapital in das Geschäftsleben eintritt.

Die Erhaltung dieses Grundkapitals war weitere Sorge des Gesetzes. Die Aktionäre können ihre Einlagen nicht zurückfordern. Sie haben nur Anspruch auf den Reingewinn (§ 213 H.G.B.). Damit aber nun nicht etwa das Grundkapital infolge unzweckmäßiger Einsetzung in die Bilanz als Gewinn verteilt wird, muß es unter die Passiven aufgenommen werden, obwohl es wirtschaftlich gesehen, keine Schuld ist, weil Inhaber der A.G. die Aktionäre sind. Deshalb ist die veröffentliche Bilanz der A.G. keine Vermögensbilanz, sondern mehr eine Gewinnverteilungsbilanz.[1]) Es wird dadurch erreicht, daß das Grundkapital unter allen Umständen als Haftungsfonds den Gläubigern zur Verfügung steht.

Wenn nun aber die A.G. berechtigt wäre, ihre eigenen Aktien zurückzukaufen, dann würden die oben gezeigten Sicherheitsmaßregeln teilweise ihren Sinn verlieren. Denn der käufliche Erwerb eigener

---

[1]) Staub, § 261, Anm. 13.

Aktien durch die A.G. würde einer unzulässigen Zurückerstattung der Einlagen an die Aktionäre gleichkommen. Auch könnte unter Umständen bei nicht umsatzfähigen Aktien das Kapital der A.G. derartig brach gelegt werden, daß es als Garantiefonds für die Gläubiger ausfallen würde. Deshalb ist der Erwerb und die Inpfandnahme von eigenen Aktien nicht gestattet. (§ 226 H.G.B.).

Das Grundkapital könnte aber noch gefährdet werden, wenn Aktivposten falsch bewertet in die Bilanz eingesetzt würden. Dann könnte es zu einer Gewinnverteilung kommen, ohne daß die wirtschaftlichen und rechtlichen Voraussetzungen dazu gegeben sein würden, d. h. das Grundkapital könnte als Mindestgarantiefonds geschmälert werden. Aus diesem Motiv heraus hat der Gesetzgeber die Wertfestsetzungsvorschriften des § 261 H.G.B. erlassen.

Alle diese Vorschriften bilden den Kern der Gläubigerschutzbestimmungen. Es wird durch sie eine unbedingte Kreditfähigkeit der A.G. erreicht, die derjenigen der O.H.G. als gleichwertig zu bezeichnen ist. Im wirtschaftlichen Verkehr wird denn auch die A.G. hinsichtlich der Kreditwürdigkeit der O.H.G. gleichgestellt.

Verschiedene Geschäftszweige, die eine besonders große Kreditgebahrung bedingen, dürfen sogar nur von Aktiengesellschaften betrieben werden. (§ 2 Hypothekenbankgesetz vom 13. Juli 1899 und § 6 II Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. 5. 1901). Der Gesetzgeber hat damit der Kreditwürdigkeit der A.G. ein besonderes Zeugnis ausgestellt.[1])

Deshalb wird man ohne Bedenken zu dem Ergebnis kommen dürfen, daß die A.G. als solche vom Gläubigerstandpunkt aus Mitglied der O.H.G. werden kann, weil die Form ihrer rechtlichen Organisation eine sichere Realhaftung verbürgt.

Die K.G.a.A. ist stark mit individualistischen Momenten durchsetzt Ob man sie mit der herrschenden Meinung als eine Unterart der A.G. ansieht, oder als eine Assoziation eigener Art, ist für unsere Untersuchung gleichgültig. Denn in jedem Falle darf festgestellt werden, daß die Gläubigerschutzbestimmungen des Aktienrechts mit denen der Personalgesellschaft addiert sind. (§ 320 I H.G.B.).

Demgemäß wird man auch der K.G.a.A. die absolute Fähigkeit zusprechen dürfen, Gesellschafter einer O.H.G. zu werden.

Ganz anders ist die Sachlage bei der G. m. b. H. Die Bejahung der absoluten Gläubigersicherheit ist hier berechtigten Zweifeln unterworfen. Eine absolute Kredit- bezw. Gläubigersicherheit ist aber Voraussetzung für die Grundtypvermischung. Die Untersuchung der absoluten Kreditwürdigkeit ist der Zweck vorliegenden Abschnittes.

---

[1]) Passow, Aktiengesellschaft S. 286/287.

Individualistische Momente haben sich bei der ihrer rechtlichen Natur nach kapitalgenossenschaftlichen G. m. b. H. weitgehende Geltung verschafft. Sie nimmt die Mitte ein zwischen der A.G., hinter der die Aktieninhaber vollständig zurücktreten, und der O.H.G., bei der die Gesellschafter im Vordergrund stehen.

Die Praxis hatte das Bedürfnis gezeigt, eine auf individualistischer Grundlage aufgebaute Gesellschaftsform zu besitzen, ohne dabei den einzelnen Gesellschafter die ganze finanzielle Verantwortlichkeit tragen zu lassen. Der Gesetzgeber hat diesem Bedürfnis durch das Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. 4. 1892 (Neue Fassung vom 20. 5. 1898) Rechnung getragen.

Schon damals wurden Stimmen laut, die die Kreditsicherheit anzweifelten und darauf hinwiesen, daß die neue Gesellschaftsform den persönlichen Kredit erschüttern würde.[1]

Der Regierungsvertreter erkärte auf eine diesbezügliche Anfrage bei der dritten Beratung des Entwurfs,[2] daß der Entwurf Bestimmungen über die Haftung der Gesellschafter betreffs der Integrität des den Gläubigern zugesicherten Kapitals enthalte, wie sie in dieser Strenge keine andere Gesellschaft, bei der eine beschränkte Haftung ganz oder teilweise stattfindet, kenne. Der Gesellschafter haftet der Gesellschaft nicht nur dafür, daß das Stammkapital unverkürzt aufgebracht, sondern auch dafür, daß das aufgebrachte Kapital nicht zurückgezahlt würde.[3])

Der Regierungsvertreter nahm mit diesen Ausführungen auf die Schutzvorschriften der §§ 24 und 31 G. m. b. H.-Gesetz Bezug.

Die wirtschaftliche Entwicklung der neuen Gesellschaft hat denn auch den Schwarzsehern nicht ganz recht gegeben. Das Reichsgericht glaubte sogar in seiner bekannten Entscheidung (R.G. 105/104), in der es die handelsgesellschaftliche Grundtypvermischung grundsätzlich bejaht, feststellen zu können, daß die Praxis häufig einer zahlungsfähigen G. m. b. H. bezüglich des Kredits den Vorzug vor einem einzelnen Kaufmann mit geringen oder gefährdeten Mitteln geben wird. Das Urteil des R.G. ist generell gedacht. Als solches ist es in mancherlei Hinsicht anfechtbar. Das R.G. unterscheidel nicht zwischen rechtlicher und wirtschaftlicher Kreditwürdigkeit. Beide müssen sich nicht immer unbedingt decken. Die wirtschaftliche Kreditwürdigkeit ist dem Wechsel der Zeiten unterworfen, die rechtliche Kreditwürdigkeit soll das nicht sein. Mit einer allgemeinen Feststellung, daß die G. m. b. H. kreditwürdig ist, ist deshalb das Problem nicht ganz

---

[1]) Molitor, Handbuch der Staatswissenschaften, Bd. 4, 1927, S. 880.
[2]) So Reichstag vom 21. 3. 1892, Schriften S. 4882.
[3]) Siehe auch Einleitung zur Begründung des Entwurfs S. 31—33; Greulich, a. a. O., S. 725.

erfaßt. Die Untersuchung muß vielmehr dahin gehen, ob die rechtliche Konstitution der G. m. b. H. in jedem Falle die Kreditwürdigkeit verbürgt.

Weiterhin spricht das Reichsgericht ganz allgemein von einer „zahlungsfähigen G. m. b. H.“, der der Vorzug vor einem einzelnen Kaufmann zu geben sei. Es ist aber gerade zu untersuchen, ob die G. m. b. H. generell „zahlungsfähig“ ist.

Die G. m. b. H. erfordert schon von Hause aus eine gediegene rechtliche Kreditsicherheit, weil sie sehr oft zu Zwecken verwandt wird, die der Natur der Sache nach ein großes Risiko mit sich bringen.[1]) Mit Vorliebe führt ein Gläubigerkonsortorium ein überschuldetes Unternehmen auf gemeinsame Rechnung als G. m. b. H. fort. Terraingesellschaften führen gern unter dem Mantel der beschränkten Haftung ihre Spekulationsgeschäfte aus. Bei Erprobung eines Patents wird häufig von dem meistens mittellosen Erfinder eine G. m. b. H. zusammengebracht, die für derartige Zwecke wie geschaffen ist. Hat die Erprobung oder Ausbeutung der patentierten Erfindung keinen Erfolg, dann geht der Kapitalist nur mit dem eingebrachten Anteil in Verlust. Des öfteren kommt es deshalb vor, daß kapitalkräftige Finanzleute die von ihnen gegründete G. m. b. H. bewußt zugrunde gehen lassen.

Die Beispiele zeigen, wie notwendig bei der G. m. b. H. die rechtliche Ausgestaltung der Kreditsicherheit ist.

Das Publizitätsprinzip, das bei der A.G. im weiten Umfange durchgeführt wird, ist bei der G. m. b. H. teilweise fallen gelassen worden. Eine Pflicht zur Bilanzveröffentlichung besteht beispielsweise nicht (Ausn. § 41 IV G. m. b. H.-Ges.). Die meisten diesbezüglichen Normativvorschriften sind nicht zwingender Natur. Die strengen Vorschriften der Kontrolle des Gründungshergangs, wie sie bei der A.G. bestehen, sind fortgefallen.

Hierfür mußten aber im Interesse der Gesellschaftsgläubiger andere Garantien gegeben werden.

Die Firma der G. m. b. H. muß den Zusatz „mit beschränkter Haftung“ führen. Dadurch wird der mit ihr kontrahierende sofort über die rechtliche Natur des Unternehmens und auf die damit verbundenen Gefahren aufmerksam gemacht. Das jedermann zugängliche Register, in das die Gesellschaft einzutragen ist, enthält u. a. Angaben über den Gesellschaftsvertrag, über eventuelle Legitimationen der Geschäftsführer, Gesellschafterliste, Gegenstand des Unternehmens, sowie über die Höhe des Stammkapitals; es erteilt Auskunft über

---

[1]) Molitor, H.B. der Staatswissenschaften 1927, Bd. 4, S. 880 über die Anwendung der G. m. b. H.; Greulich, a. a. O., S. 741; Manasse, Die Praxis der Geschäftsgründung S. 54.

alle wesentlichen Vorgänge innerhalb der Gesellschaft (§ 5, 8, 10 und 39 leg. cit.). Die Eintragungen sind von Amts wegen zu veröffentlichen (§ 10).

Das Publizitätsprinzip erfüllt also, abgesehen von den oben angedeuteten Punkten, seine Informationsaufgabe, indem es alle Vorgänge des Verbandslebens, die für das große Publikum Bedeutung haben, zur öffentlichen Kenntnis bringt.

Die Durchführung des Publizitätsprinzips genügt demgemäß den wirtschaftlichen Forderungen nach Offenkundigkeit des Gesellschaftslebens.

Von außerordentlicher Bedeutung für die Kreditwürdigkeit der G. m. b. H. sind aber die Vorschriften, die die Aufbringung des Stammkapitals und seine Sicherstellung im Gründungsstadium regeln. Oben ist schon betont worden, daß die Kontrolle des Prüfungshergangs durch Vorstand und Aufsichtsrat und der schriftliche Prüfungsbericht, wie das Aktienrecht fordert, weggefallen sind.

Der § 5 leg. cit. merzt diese Lücke nicht ganz aus. Er bestimmt, um die Entstehung unfähiger und kapitalschwacher Gesellschaften zu verhindern, daß das Mindeststammkapital 20000 Mark beträgt. Gleichzeitig läßt er aber zu, daß diese Stammeinlage nicht in Geld geleistet werden muß (§ 5 III G. m. b. H.-Gesetz). Dieser Umstand muß allerdings im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden und wird somit im Handelsregister offenkundig gemacht. Motiv dieser Vorschrift ist, eine Täuschung des interessierten Publikums über die Liquidität des Unternehmens zu vermeiden. (Bayer. Oberst. Landesgericht Bd. VII, S. 288).

Aber durch die Offenkundigkeit ist eine materielle Sicherheit nicht gewährleistet, wie die Untersuchung zeigen wird.

Daß die Sacheinlagen mangels einschlägiger Vorschriften nicht zur freien Verfügung der Geschäftsführer gestellt werden müssen,[1]) ist für unsere Frage von geringerer Bedeutung.

Im folgenden soll vielmehr auf die mangelhafte Regelung des G. m. b. H.-Gesetzes hinsichtlich der Bewertung der Sacheinlagen eingegangen werden. Durch ausdrückliche Vorschriften schützt das Gesetz nicht gegen willkürliche hohe Bewertung der Sacheinlagen,[2]) da es von einer Prüfung des Gründungsherganges absieht. Das Reichsgericht[3]) erklärte sogar die Ueberbewertung der Sacheinlagen für gestattet, da „es den Gesellschaften nicht zur Pflicht gemacht sei, bei der Feststellung des Wertes der Sacheinlagen den objektiven oder

---

[1]) Staub-Hachenburg, Komm. z. G. m. b. H.-Gesetz 1913, § 7., Anm. 16; a. M. Neukamp, G. m. b. H.-Gesetz § 7, Anm. 4.
[2]) Scholz, Komm. z. G. m. b. H.-Gesetz § 10, S. 146.
[3]) Holdh, M. Ztschr. 1901, S. 142/143.

den Verkehrswert nicht zu überschreiten, um eine Täuschung der Gläubiger über den Wert des Vermögens der Gesellschaft zu verhüten".

Die Praxis zeigt viele Fälle dieser willkürlichen hohen Bewertung von Sacheinlagen. Patente und Erfinderrechte werden sehr oft überbewertet. Zweifelhaften Forderungen wird der Nominalwert zugrunde gelegt. Die angemessene Bewertung von Generalvertretungen (O.L.G.R. 24/163) ist auch bei Nachprüfungen kaum zu kontrollieren.

Diese willkürliche Bewertung der Sacheinlagen ist ein großer Nachteil des G. m. b. H.-Gesetzes. Zweifellos wirkt die rechtliche Möglichkeit einer willkürlichen Ueberbewertung der Sacheinlagen und der damit verbundenen künstlichen illiquiden Erhöhung des Stammkapitals zur Vergrößerung des Kredits abschreckend auf den Geldgeber.[1]) Die Rechtsprechung hat diesen Bedenken wiederholt Ausdruck verliehen.[2])

Die Haftungsvorschrift des § 9 G. m. b. H.-Ges. ist nicht so weitgehend, um diese Lücke auszufüllen. Unter Umständen kann zwar eine Ueberbewertung unter die Strafvorschrift des § 82 leg. cit. fallen. Dazu ist allerdings notwendig, daß Vorsatz vorliegt. Dieser wird aber nur sehr schwer und selten zu beweisen sein. § 826 B.G.B. wird aus dem gleichen Grunde in diesem Zusammenhange kaum anzuwenden sein.

Bei Einbringung von Sacheinlagen brauchen demgemäß die Bestimmungen hinsichtlich der Sicherung der Gläubiger nach Entstehung der Gesellschaft nicht mehr untersucht zu werden, weil diese Bestimmungen wegen der Mängel des Gründungsherganges keinen absoluten Erfolg mehr gewährleisten können. Die eingetragene Höhe des Stammkapitals besagt den Gläubigern wenig. Eingehende Nachprüfungen der Wertfestsetzung der Sacheinlagen durch die Gläubiger läßt die Hast des modernen wirtschaftlichen Lebens nicht zu. Der Gläubiger muß sich auf die eingetragenen Zahlen verlassen können,[3]) wenn nicht, dann liegt hier hinsichtlich des Gläubigerschutzes eine derartige Lücke vor, die eine solche G. m. b. H. als persönlich haftender Gesellschafter für eine Personalgesellschaft ungeeiget erscheinen läßt.

Die Praxis hat aus diesen Mängeln des Gründungsherganges die Konsequenzen gezogen. Schon 1906 sagt Greulich,[4]) daß das Resultat aller Erwägungen (bezüglich Kreditgebens) auf Seiten der Kapitalisten in den allermeisten Fällen ein negatives sein wird und

---

[1]) Greulich, a. a. O. S. 736.
[2]) J. W. 1902 S. 259/260.
O.L.G.R. 24/163; J. W. 1913, S. 1044, Nr. 11.
[3]) „Das Publikum verläßt sich auf die Zahlen". So Hachenburg in Leipzig Z.H.R. 1909, S. 25.
[4]) Greulich, a. a. O., S. 733.

daß die Geldquellen den Gesellschaften m. b. H. zu Kreditzwecken ganz verschlossen bleiben oder daß sie nur spärlich rieseln. Molitor[1]) sagt in jüngster Zeit zu dem Kreditproblem der G. m. b. H., daß diese Gesellschaft als solche im Verkehr kaum Kredit genieße. Nach Manasse[2]) ist es in der Praxis üblich, daß die Banken bei Kreditgewährung an eine G. m. b. H. und die Lieferanten bei Belieferung einer solchen Gesellschaft, die persönliche Bürgschaft der Gesellschafter verlangen.

Die Konkursstatistik bestätigt die mindere Kreditwürdigkeit der G. m. b. H. Leider ist das Zahlenmaterial über die G. m. b. H. nur sehr spärlich. Amtliche Statistiken über den absoluten Bestand an Gesellschaften m. b. H. liegen nach einer Auskunft des Statistischen Reichsamtes nicht vor. Die Zahlen der Betriebszählungen sind für eine Konkursstatistik nicht sehr geeignet, da ein beträchtlicher Teil, gerade der konkursreifen Unternehmungen, sein Dasein nur noch in den Büchern führt. Aber wenn man sowohl für die Aktiengesellschaften, als auch für die Gesellschaften m. b. H. die Zahlen der Betriebszählung zugrunde legt, dann wird das Fehlen der absoluten Bestandsziffern für eine vergleichende Konkursstatistik nicht zum Nachteil sein. Aber noch aus einem anderen Grund läßt sich ein statistisch ganz korrektes Vergleichsbild für unseren Zweck nicht ermitteln, weil die Konkurszahlen der G. m. b. H. im Gegensatz zu den Zahlen der Betriebszählungen nicht geschieden sind nach Gesellschaften mit Sacheinlagen und ohne solche. Es darf aber mit einiger Berechtigung vermutet werden, daß unter den Konkursfällen gerade die Gesellschaften mit Sacheinlagen im Vordergrunde stehen, da die Reformvorschläge sich alle auf eine schärfere Haftung für Sacheinlagen und auf eine ganze oder mindestens teilweise obligatorische Einzahlung des Stammkapitals in Geld beziehen.[3])

Von je 1000 Gesellschaften haben Konkurs gemacht bei der:[4])

Jahr	G. m. b. H.	A.G.
1908	20,80	0,60
1909	21,96	4,21
1915	11,50	4,54
1916	6,4	2,73
1917	2,99	1,08

[1]) Molitor, H.B. der Staatswissenschaften Bd. 4, S. 880, Nr. 14.

[2]) Manasse, Praxis der Geschäftsgründung, S. 54.

[3]) Molitor, HB. der Staatswissenschaften, S. 880, Nr. 14.
Gierke J. v., Handwörterbuch der Rechtsw. Bd. 2, S. 848.

[4]) Die Zahlen sind den Vierteljahrsheften zur Statistik des Deutschen Reiches entnommen. Seit 1923 veröffentlicht das Statistische Reichsamt die Zahlen der Betriebszählungen der Gesellschaften m. b. H. nicht mehr.

Jahr	G. m. b. H.	A.G.
1918	1,48	0,53
1919	3,26	0,87
1920	4,54	1,59
1921	9,56	3,01
1922	4,59	0,94
1923	1,60	0,48

Auch das Verhältnis der mangels hinreichender Masse abgelehnten Anträge auf Konkurseröffnung ist bei der G. m. b. H. ein ungünstigeres als bei der A.G. Die angegebenen Zahlen beziehen sich auf einen Jahresdurchschnitt von 15 Jahren (von 1914 – 1928). Bei der A.G. mußten nur 32,2 % der Konkursanträge mangels hinreichender Masse abgelehnt werden. Bei der G. m. b. H. betrug der Prozentsatz 45,4 %.

Die Untersuchung ergibt, daß die G. m. b. H. mit Sacheinlagen als Gesellschafterin für eine Personalgesellschaft nicht geeignet ist, weil ihre rechtliche Organisation keine genügende Gläubigersicherheit gewährleistet.[1])

Zu einem anderen Ergebnis gelangt man bei der Prüfung der Kreditwürdigkeit der G. m. b. H., deren Einlagen aus Geld bestehen, was im Zweifel der Fall sein soll, da aus der Vorschrift des § 5 IV G. m. b. H.-Gesetz geschlossen werden darf, daß im Regelfalle eine Geldeinlage geschuldet ist und daß von dieser Norm nur abgewichen werden darf, wenn alle die im § 5 IV leg. cit. geforderten Bedingungen vorliegen. (Etwa 25 % der Gesellschaften m. b. H. sind Gesellschaften mit Sacheinlagen). In diesem Falle fällt die willkürliche und unkontrollierbare Bewertung fort, da Geld eben keiner beliebigen Wertfestsetzung unterliegt.

Oben ist festgestellt worden, daß die Vorschrift des § 5 IV leg. cit. kein gleichwertiger Ersatz für den Wegfall der Prüfungskontrolle ist, wie sie bei der A.G. gehandhabt wird. Deshalb hat das Gesetz weitere Vorschriften aufgestellt, die Garantien dafür geben, daß die Einlagen auch wirklich der G. m. b. H. zufließen. Die im Gründungsstadium tätigen Personen haften nach § 9 solidarisch für die Richtigkeiten ihrer Angaben hinsichtlich der auf die Stammeinlagen gemachten Leistungen. Diese Vorschrift gilt zwar auch für die Sacheinlagen,[2]) kann aber dort nicht ihren Zweck erfüllen, weil die Wertfestsetzung der Einlagenwerte imponderabel ist.

Die Haftung besteht grundsätzlich nur gegenüber der Gesellschaft.[3])

---

1) Fuchs, J. W. 1922/1677.
2) Brodmann, Komm. z. G. m. b. H.-Gesetz S. 47.
3) Ebenda, S. 47.

Auf die Kreditwürdigkeit hat dies aber keinen direkten nachteiligen Einfluß. Neben dieser Haftungsnorm besteht die strafrechtliche Schutzvorschrift des § 82 leg. cit., die falsche Angaben gegenüber dem Registerrichter ahndet.

Ist die Gesellschaft zur Entstehung gelangt, garantieren andere Gläubigerschutzvorschriften, daß das Kapital auch wirklich zusammen kommt. Nach § 19 II u. III leg. cit. kann die Stammeinlage dem Gesellschafter weder erlassen noch gestundet werden. Weiter bestimmt der § 19, dessen Vorschrift sich nur auf Geldeinlagen bezieht,[1]) den Einzahlungsmodus der Stammeinlagen. Einzahlungen auf die Stammeinlage können bis zur vollen Leistung auch nach Eintragung der Gesellschaft von den einzelnen Gesellschaftern gefordert werden. Die Einzahlungszeit bestimmt sich entweder nach dem Gesellschaftsvertrag oder nach einem Beschlusse der Gesellschafter. (§ 46 II). Wenn der Gesellschafter seiner Pflicht gegenüber der Gesellschaft nicht rechtzeitig nachkommt, setzt der § 20 leg. cit. automatisch Verzugszinsen fest. Um die Einlage aber ganz sicher zu stellen, gibt der § 21 leg. cit. unter gewissen Umständen ein Kaduzierungsrecht. Die Haftung des Gesellschafters bezüglich der Stammeinlage bleibt aber dann trotzdem weiter bestehen, beschränkt sich allerdings auf den Ausfall, den die Gesellschaft an der Stammeinlage erleidet.[2]) Die Stammeinlage des ausgeschlossenen Gesellschafters fällt der Gesellschaft zu und darf von ihr nach den Bedingungen des § 23 leg. cit. verkauft werden. Sind aber alle Mittel erschöpft, um den Wert des Geschäftsanteils hereinzubringen, dann tritt subsidiär die Haftung aller übrigen Gesellschafter entsprechend dem Verhältnis ihres Geschäftsanteils ein. (§ 24).

Durch diese Vorschrift ist die Aufbringung des Stammkapitals unbedingt gesichert. Zur Sicherung dieses aufgebrachten Stammkapitals dienen die Vorschriften der §§ 30 und 31 G. m. b. H.-Gesetz. Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Gesellschaftskapital darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. Geschieht es trotzdem, so haftet zunächst der Empfänger, daneben haften subsidiär die übrigen Gesellschafter.

Die gezeigten Gläubigerschutzbestimmungen gewährleisten bei der untersuchten G. m. b. H. eine rechtlich gesicherte Kreditsicherheit, die man als der einer physischen Person gleichwertig bezeichnen kann. Gegen ihre Fähigkeit an und für sich Gesellschafterin einer O.H.G. zu werden, wird man vom Standpunkt des Gläubigerschutzes nichts einzuwenden haben, wenn durch die Beteiligung die Schutzvorschriften nicht ihre Wirkung verlieren.

---

[1]) Brodmann, Komm. z. G. m. b. H.-Gesetz S. 82.

[2]) Ebenda, S. 93.

An dieser Stelle muß darauf hingewiesen werden, daß die A.G. ebenso wie die G. m. b. H. unbeschränkt haftet. Nur der Aktionär bezw. der G. m. b. H.-Gesellschafter haftet beschränkt. Der offene Handelsgesellschafter darf bei der Grundtypvermischung nur der A.G. bezw. der G. m. b. H. gegenübergestellt werden. Die A.G. aber (ebenso G. m. b. H.) ist als juristische Person fähig, für eine Verbindlichkeit in dem gleichen Umfange zu haften wie jede physische Person, nämlich mit ihrem ganzen Vermögen und nicht nur mit dem eingetragenen Stammkapital. Einen anderen Sinn hat aber die persönliche Haftung für den Gläubiger seit Wegfall der Schuldhaft und ähnlicher Institute nicht mehr.[1])

Teil III.

Gefährdung und Gestaltung der Gläubigerschutzbestimmungen der Kapitalgesellschaften durch die Grundtypvermischung.

a. Die Gestaltung der Publizitätsvorschriften.

1. Firmenbezeichnung.

Einleitend sei bemerkt, daß die Frage der Firmenzeichnung nichts mit der Untersuchung zu tun hat, ob die Kapitalgesellschaft eine zweite Firma führen kann.[2]) Diese Frage liegt außerhalb der Grenzen des Gläubigerschutzes.

Die Firma ist für die offene Handelsgesellschaft von ungleich größerer Bedeutung als für den Einzelkaufmann;[3]) für letzteren ist die Firma nur ein zweiter Name, unter dem er im Handelsleben auftritt. Allerdings ist die Firma der O.H.G. auch für sie der Name, unter dem sie im Wirtschaftsleben auftritt. Aber sie ist, anders als beim Einzelkaufmann, für die O.H.G. gesetzlich und tatsächlich notwendig, weil es nicht möglich ist, alle die hinter der Gesellschaft stehenden Inhaber aufzuführen. Nur die Firma ermöglicht es, daß die O.H.G. nach außen hin als Einheit auftritt. „Sie ist der von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte, durch das Handelsregister veröffentlichte, für und wider Jedermann die Gesellschaft als Personeneinheit kennzeichnende Namen. Sie ist das formale Mittel, das die Handelsgesellschaft befähigt, sich als rechts- und handlungsfähige Einheit in den Verkehr zu begeben".[4])

---

[1]) Passov, Aktiengesellschaft S. 284/285.

[2]) Eltzbacher, Z.H.R. 45/46; Scheuing, Die Führung einer zweiten Firma durch Handelsgesellschaften, Diss. 1906.

[3]) Laband, In Goldschmitts Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 30, S. 507.

[4]) Gierke, Arch. Bürgerl. Recht, Bd. XIX, S. 121.

Aber die Firma ist für die O.H.G. mehr als dieses formale Mittel, mehr denn „nichts anderes als ein Handelsname".[1])

Vielmehr besteht „ihr Wesen darin, daß sie eine Gesamtverpflichtung aller durch diesen Namen (Fa.) bezeichneten und einheitlich zusammengefaßten Personen für alle Verbindlichkeiten, die aus dem unter der Firma betriebenen Gewerbe hervorgehen, bedeutet".[2]) Das Bayerische Oberste Landesgericht[3]) hat im Gegensatz zum Reichsgericht (J.W. 1916, S. 1009) erklärt, „daß die Gesellschaftsfirma nicht lediglich der Name der jeweiligen Gesellschafter sei, sondern, daß sie die Gesellschaft als solche, als eine besonders selbständige Personeneinheit repräsentiere". Daraus geht hervor, daß die Firma auch eine Funktion des Publizitätsprinzips und damit ein Teil der Gläubigerschutzbestimmungen ist. Dies ergibt sich auch schon daraus, daß der Gesetzgeber sich nicht mit einer einfachen generellen Gestaltung der Firma der Gesellschaft begnügt, sondern, daß er anordnet, daß die einzelnen Gesellschaftsgattungen sich in der Firmenzeichnung von einander unterscheiden (§§ 19, 20 H.G.B.; § 4 G. m. b. H.-Gesetz). Danach soll die Firma erkennen lassen, wer deren Träger ist; sie soll über die wirtschaftliche und rechtliche Grundlage des Unternehmens Auskunft geben. Die Firmenbezeichnung soll offenkundig machen, ob die Kreditfähigkeit des Unternehmens auf der Individualität der Träger oder auf besonderen Einrichtungen beruht.[4]) Physische und juristische Personen sollen auf diese Weise scharf geschieden werden, denn auch im kaufmännischen Verkehr ist eine physische Person noch immer etwas anderes als eine juristische.[5])

Wenn die Kreditwürdigkeit auf besonderen organisatorischen Einrichtungen beruht, dann soll auch die Art dieser besonderen Haftungsverhältnisse sich aus der Firmenbezeichnung entnehmen lassen. (A.G. oder K.Ga.A. oder G. m. b. H. — § 20 H.G.B. und § 4 G. m. b. H.-Ges.). Diese Bezeichnungen müssen die Kapitalgesellschaften während der ganzen Dauer ihres Bestehens führen. Auch wenn die A.G. während ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit eine andere Firma erwirbt, so muß sie den Zusatz A.G. führen (§ 22 I, S. 2 H.G.B.). Es ist wohl zulässig, daß die A.G. ihrer bisherigen Firma die neuerworbene Firma mit einem das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz hinzufügt oder die neuerworbene Firma mit dem Zusatz A.G. durch Satzungsänderung als einzige Firma annimmt.[6]) Das Gleiche gilt für die K.G.a.A. und die G. m. b. H. Der Gesetzgeber will

---

[1]) Staub, § 17. Anm. 2.
[2]) Laband, a. a. O., S. 507.
[3]) Gruchots Beitr. z. Erl. d. Deutschen Rechts, Bd. 19, S. 799, Nr. 58.
[4]) Wieland, a. a. O., S. 181.
[5]) Brodmann, J.W. 1922, S. 1656; Fuchs, J.W. 1922, S. 1677.
[6]) Dür.-Hach., § 22, Anm. 12; Staub, § 22, Anm. 12.

damit verhindern, daß die Wahrheit und Klarheit bei der Firmenbezeichnung bezüglich des Gesellschaftsverhältnisses durchbrochen wird. Die Firma soll unter keinen Umständen zu Täuschungszwecken verwandt werden.

Bei der Grundtypvermischung sind obige Grundsätze in Gefahr, durchbrochen zu werden. Der Gesetzgeber hat bestimmt, daß die Firma einer offenen Handelsgesellschaft den Namen wenigstens eines der persönlichen Gesellschafter zu enthalten habe. Daraus wird gefolgert, daß im Falle der Grundtypvermischung die Firma der A.G. nicht in der Firma der umschließenden Kapitalgesellschaft zu erscheinen brauche.[1]) Zielinski führt in seiner wertvollen Untersuchung über die Grundtypvermischung viele derartige praktische Beispiele aus dem Handelsregister A Berlin-Mitte an.[2]) Zielinski selbst ist der Ansicht, daß dies ein durchaus zulässiges Verfahren ist.

Unter den angegebenen Beispielen sind sogar einige Firmenbezeichnungen von Kommanditgesellschaften, in denen eine juristische Person der einzige Komplementär ist, ohne daß dies in der Firma zum Ausdruck kommt.[3]) Soweit dies der Fall ist, wurde bei der Firmenbezeichnung direkt gegen das positive Recht verstoßen, denn nach § 19 II H.G.B. hat die Firma einer Kommanditgesellschaft den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters zu führen. Wenn dagegen von gegnerischer Seite behauptet wird, daß unter persönlich haftenden Gesellschaftern nur eine physische Person verstanden werden könnte, und daß der Gesetzgeber dieses wirklich so verstanden hat, so ist das ein falscher logischer Schluß. Man kann wohl folgerichtig die Annalogie ablehnen und damit zu einer Ablehnung der Grundtypvermischung kommen, wie das Kolb in seiner starren, aber logischen Dogmatik getan hat.[4]) Man kann aber nicht die Grundtypvermischung bejahen und die Analogie hinsichtlich der Gleichwertigkeit der Firmen ablehnen. Das ist ein Widerspruch in sich selbst.

Es ist zuzugeben, daß der Gesetzgeber im Falle des § 19 nicht an die Firma einer Kapitalgesellschaft gedacht hat, weil eben damals die wirtschaftlichen Bedingungen dafür noch nicht vorlagen. Das positive Recht hinkt immer etwas nach, weil nämlich immer zuerst die Verhältnisse vorhanden sind, dann das Recht als Gesetz erst nachkommt. In der Einleitung ist gesagt worden, daß die positiv gesetzten Rechtsnormen mehr oder weniger zeitlich bedingte Ordnung sind.

---

[1]) Staub, § 105, Anm. 22; Cahn, a. a. O., S. 11.
Heuer, Diss. a. a. O., S. 33.

[2]) Zielinski, Grundtypvermischung u. Handelsgesellschaftsrecht, S. 25, Nr. 5 u. 5a; S. 26, Nr. 6 u. 7; S. 27, Nr. 8; S. 33, Nr. 21, 22, 23 u. 24; S. 34, Nr. 34.

[3]) Ders., a. a. O. S. 25, Nr. 5a; S. 33, Nr. 24.

[4]) Kolb, Diss. Kann eine A.G. einer O.H.G. als Mitglied angehören? S. 23.

Deshalb muß die Rechtsprechung, soweit sie nicht ihre Entscheidung unmittelbar aus dem Gesetz herleiten kann, auf die Grundprinzipien des in Frage kommenden Gesetzes zurückgehen und nach demselben nicht besonders geregelte Fälle entscheiden.[1])

Grundprinzip war aber hier offensichtlich, daß der gesetzlich verantwortliche Vertreter, der persönlich den Gläubigern haftet, durch die Firma offenkundig gemacht werden soll. Das geschieht nur, wenn die Komplementär-Kapitalgesellschaft in der Firma der umschließenden Personalgesellschaft erscheint. Deshalb müßte die Firma in dem bei Zielinski S. 33, Nr. 24 angegebenem Beispiel statt „Otto Eltzner, Buchdruckerei u. Verlagsbuchhandlung K.G." richtig lauten „Gutenberg Druckerei- u. Verlagsgesellschaft G. m. b. H. u. Co.". Der Zusatz A.G. bezw. G. m. b. H. ist erforderlich, weil er zum Namen der Kapitalgesellschaft gehört. Die von uns vorgeschlagene Bezeichnung ist die Firmierung, die dem materiellen Recht und damit den dort gegebenen Gläubigerschutzbestimmungen entspricht.

Wenn natürlich eine Kapitalgesellschaft nur als Kommanditist beteiligt ist, dann ist eine derartige Firmenbezeichnung nicht notwendig und würde auch dem § 19 IV widersprechen.

Dem oben gezeigten Beispiel kommen die Fälle gleich, in denen bei der K.G. zwar mehrere Komplementäre vorhanden sind, diese aber alle juristische Personen sind. Ähnlich ist es bei der O.H.G., wenn die Gesellschafter nur aus Kapitalgesellschaften bestehen. Hartmann[2]) ist der Meinung, daß in diesen Fällen ein unlösbarer Widerspruch entstehe zwischen den Vorschriften des Handelsrechts, weil die O.H.G. und K.G. eine Personenfirma haben müßte und die Kapitalgesellschaften Sachfirmen führen. Es darf zur Widerlegung auf die Ausführungen über die Analogie verwiesen werden. Die Sachfirma der Kapitalgesellschaft ist eben ihre „persönliche" Firma. Das ergibt sich zwanglos, wenn man die Motive für die Firmenvorschriften nicht nur in den formalen Unterscheidungsgründen sieht, sondern sie unter dem Gesichtswinkel des Publizitätsprinzips betrachtet.

Wenn bei der O.H.G. neben juristischen Personen auch physische Personen als Gesellschafter vorhanden sind, dann liegen die Tatsachenverhältnisse zwar anders, das Grundprinzip ist aber das gleiche geblieben.

Oben ist gesagt worden, daß die Firma mehr als der Name sei, unter dem die Handelsgesellchaft im kaufmännischen Verkehr auftrete, daß sie vielmehr eine Funktion im System der Gläubigerschutzbestimmungen zu erfüllen habe.

---

[1]) Dernburg, Die allgem. Lehren d. Bürgerl. Rechts S. 86. — Die Grenze zwischen ausdehnender Interpretation und Analogie sind nicht immer scharf zu ziehen. Je weiter der Wille des Gesetzgebers desto größer der Raum für Interpretation und desto enger der Raum für Analogie.

[2]) Hartmann, Die Persönlichkeit der Kollektivgesellschaft S. 82.

Wenn die A.G. nun gemeinsam mit anderen physischen Personen Gesellschafter einer O.H.G. ist und die Firma als reine Personenfirma gebildet ist, dann wird der ratio legis nicht Genüge getan. Die ratio legis geht dahin, daß überall dort, wo eine Kapitalgesellschaft derart verpflichtet wird, daß sie dem Gläubiger „persönlich" haftet, dies auch dem Gläubiger offenkundig gemacht wird.[1])

Der Gläubiger soll sehen, ob ihm eine physische Person haftet, oder ob für seine Forderung nur eine verselbständigte Kapitalmasse haftet. Daß dies für ihn von Bedeutung sein kann, ist oben bezüglich der verschiedenen Verhältnisse im Konkursfall angedeutet worden. Bei der physischen Person bleibt die Forderung des Gläubigers, abgesehen vom Zwangsvergleich, auch nach dem Konkurs bestehen. Seine Gläubiger dürfen damit rechnen, daß es ihm gelingen wird, sich wieder heraufzuarbeiten und daß er dann seine Verbindlichkeiten ganz oder doch zum Teil bezahlt.[2]) Der Gesellschaftskonkurs der juristischen Person läßt aber seine Forderung für ihn verloren gehen, denn die Beendigung des Liquidationsverfahrens hat den Untergang der Rechtspersönlichkeit der juristischen Person zur Folge und ist mit dem Tode einer physischen Person auf gleiche Stufe zu stellen, nur mit dem tatsächlichen Unterschied, daß bei ihr eine eventuelle Erbenhaftung ausgeschlossen ist.[3]) Dieser Unterschied ist vom Standpunkt des Konkursgläubigers aus wesentlich. Die Kapitalgesellschaft haftet aber bei der Grundtypvermischung genau so, als ob sie die Verpflichtung nicht über die Personalgesellschaft eingegangen, sondern selbst Kontrahent des Verpflichtungsgeschäftes gewesen wäre.

Bei der O.H.G. werden die Verhältnisse im Falle der Grundtypvermischung nicht immer so gelagert sein, wie sie es nur allzu oft bei der K.G. sind, wo eine G. m. b. H Komplementär ist und die Mitglieder der G. m. b. H. die Kommanditisten sind (Motiv hierfür Steuerrücksichten, besonders bezüglich der Einkommensteuer). Bei einer derartigen „G. m. b. H. u. Co." kann man von keinem Personalkredit mehr sprechen, obgleich rechtlich gesehen, eine Personalfirma besteht. Der Kredit ist aber tatsächlich auf einer rein realen Basis aufgebaut[4]) und in wirtschaftlicher Hinsicht muß eine derartige Firma den Kapitalgesellschaften zugezählt werden.[5]) Aber auch bei der O.H.G. wird es oft der Fall sein, daß der Kredit, den die Gesellschaft genießt, sich im Ernstfalle auf die vielleicht sehr leistungsfähige Kapitalgesellschaft stützen muß. Auch hier kann also der Gläubiger oft

[1]) Wieland, a. a. O., S. 181.
[2]) Manasse, Praxis der Geschäftsgründung, S. 65.
[3]) R.G. in J.W. 1929 S. 1242; Fischer in E.H.B., Bd. 3, 1, S. 420.
[4]) Geiler, a. a. O., S. 16.
[5]) Manasse, Praxis der Geschäftsgründung, S. 64.

Realkredit gegeben haben, ohne daß er es weiß, weil die Firmenbezeichnung einen rein persönlichen Charakter trug. Eine derartige Firmierung entspricht deshalb nicht der Absicht des Gesetzes. Die Auslegungsregel der Analogie bestätigen dieses Ergebnis (s. a. S. 41). Zutreffend bemerkt Julian[1]) zu dem Analogieproblem „--- sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui juris dictioni praeest ad similia procedere atque ita jus dicere debet". Der Richter soll also die sententia, die in einem anderen Rechtssatz enthalten ist, auf den zur Entscheidung stehenden Rechtsfall anwenden, sofern dieser dem durch den Rechtssatz geordneten Tatbestand ähnlich ist, d. h. wenn er diesem in Bezug auf seine rechtlich erheblichen Momente wesensgleich ist.[2]) Die Sententia ist aber hier in beiden Fällen die gleiche, wie oben gezeigt worden ist. Deshalb wird es hier nicht nur zulässig, sondern geradezu geboten sein, die Analogie anzuwenden, weil sonst der in den §§ 20 u. 22 kodifizierte Grundsatz der Offenkundigkeit verletzt würde. (Die Zulässigkeit der Analogie ergibt sich aus dem Gemeinwillen, der nicht ausdrücklich kodifiziert zu werden braucht R.G. 24/49). Dernburg[3]) zitiert Bär zu diesem Problem, der sagt, daß die Natur der Dinge, d. h. der zu regelnden Verhältnisse und das Bedürfnis des Verkehrs, „das Vernüftige", wenn nicht unmittelbar Rechtsquelle, so doch Quelle für die Rechtsprechung sein müsse. Das Bedürfnis des Verkehrs erheischt aber die oben geforderte Regelung. Man wende nicht ein, daß die Praxis ja das Gegenteil beweise, indem sie mit den von Zilinski zitierten Firmierungen auskomme. Die augenblicklichen Geschäftspraktiken sind derart wenig nachahmenswert, daß sie nicht als Musterbeispiel dienen können. In der Firmenbezeichnung der umschließenden O.H.G. muß deshalb die Mitgliedschaft von Kapitalgesellschaften offenkundig gemacht werden.

Wenn eine Realgesellschaft (A.G. — Z.) offener Handelsgesellschafter ist und X und Y die persönlichen Gesellschafter sind, dann entsprechen folgende Firmenbezeichnungen dem im Gesetz niedergelegten Grundsatz der Offenkundigkeit: „X, Y und A.G. Z" oder „X, A.G. Z & Co." oder „Y, A.G. Z & Co.". Die Firmierung „X & A.G. Z" oder „Y & A.G. Z" ist nach der herrschenden Lehre nicht gestattet,[4]) weil sie geeignet sei, Täuschungen hervorzurufen. Kallmann[5]) wendet sich hiergegen, indem er ausführt, daß, wenn beim Vorhandensein von zwei Gesellschaftern es genüge, daß einer in der Firma aufgeführt

---

[1]) L. 12 D. de leg. 1,3.
[2]) Regelsberger, Pandekten 1893, S. 157.
Aehnlich v. Thur Allgem. Teil 1910, S. 40.
[3]) Dernburg, Die allgem. Lehren des Bürgerl. Rechts, Halle 1906, S. 84.
[4]) Staub, § 19, Anm. 1; Dür.-Hach., § 19, Anm. 5.
[5]) Kallmann, J. W. 1924, S. 1120.

würde, es dann umsomehr genügen müsse, wenn zwei Gesellschafter genannt würden. In jedem Falle könne man gleichviel herauslesen, da man bei einer Gesellschaft aus der Firma nie erfahren könnte, aus wieviel Mitgliedern sie bestehe. Gleichzeitig verweist er auf die positiven Rechtsvorschriften, die keinen Anhalt für die herrschende Meinung bieten würden. Eine Firmierung „X & A.G." oder „Y & A.G. Z" würde nach Kallmann durchaus zulässig sein. Vom Gläubigerschutzstandpunkt aus ist gegen eine derartige Firmenbenennung nichts einzuwenden.

Die Ausführungen, die hinsichtlich der A.G. gemacht wurden, gelten im gleichen Maße für die K.G.a.A. und für die G. m. b. H.

2. Registereintragungen.

Die Gegner[1]) der Grundtypvermischung haben, indem sie bei der wörtlichen Interpretation der einzutragenden Bestimmungen stehen blieben, den Einwand erhoben, daß das Handelsregister seine Publizitätsfunktion nicht erfüllen könne, wenn eine juristische Person Mitglied einer Personalgesellschaft würde.

Bei der O.H.G. erfüllt das Handelsregister eine Funktion des Publizitätsprinzips. Oben ist gesagt worden, daß es ganz allgemein seine Funktion sei, für Dritte erhebliche Tatbestände des Handelsverkehrs offenkundig zu machen. Ueber die Erheblichkeit der Tatbestände entscheidet das Gesetz, indem es diese namentlich aufführt und als eintragungspflichtig erklärt. Die Handelsregister waren und sind auch heute noch vornehmlich Haftungsregister sagt Rintelen[2]) in seiner Untersuchung über die Geschichte der Register. Deshalb müssen vornehmlich diejenigen Tatbestände eingetragen werden, die unmittelbar oder mittelbar für die Haftung bedeutsam sind.[3]) Bei den Personalgesellschaften soll insbesondere dem interessierten Dritten die Möglichkeit gegeben sein, sich über die Namen sämtlicher Teilhaber zu unterrichten, sowie darüber, wer für die Verbindlichkeiten haftet, sofern beschränkte Haftung vorliegt, und wer berechtigt ist, die Gesellschaft zu vertreten.

Ist eine juristische Person Teilhaber der Personalgesellschaft, dann muß das Handelsregister den Einsicht nehmenden Dritten im gleichem Maße über die Verhältnisse dieses Gesellschafters, der juristische Person ist, aufklären, wie es bei einem physischen Gesellschafter erforderlich ist. Für die Kontrahenten und Gläubiger der Personalgesellschaft ist die juristische Person einzig und allein offener Handelsgesellschafter.

---

[1]) Hergenhahn-Tuchatsch, S. 15. Ring, Komm. z. Aktiengesetz S. 38 ff. und S. 150/151; Holdheims Zeitschr. Bd. 1, S. 195 ff.

[2]) Rintelen, Z.H.R. Bd. 75 - 1914, Beilage 119/120 u. 305.

[3]) Wieland, a. a. O., S. 220.

Ihr Eigenleben als wirtschaftliche Persönlichkeit und Mittelpunkt wirtschaftlicher Beziehungen spielt sich außerhalb des Interessenkreises der Personalgesellschaft ab.

Die analogen Merkmale der Kapitalgesellschaft ergeben sich zwanglos aus der Betrachtung der einzelnen Vorschriften.

Nach § 106 H.G.B. muß die O.H.G. zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. Zweck der Eintragung ist, möglichst genaue Auskunft über die Gesellschaft und deren Gesellschafter zu geben. Was einzutragen ist, sagt § 106, II H.G.B. Bezüglich des Gesellschafters ist Name, Vorname, Stand und Wohnort anzugeben. Diese Vorschriften stellen keine Qualifikationserfordernisse für den Gesellschafter auf, sondern wollen nur eine möglichst genaue Kennzeichnung der Persönlichkeit des offenen Handelsgesellschafters im Interesse des Gesellschaftsgläubigers geben. Die gegenteilige Meinung würde die sinnlose Folgerung ergeben, daß eine physische Person, die infolge einer unglücklichen Konstellation keinen Vornamen hätte, nicht offener Handelsgesellschafter werden könnte.[1])

Vorname und Name fallen bei der Kapitalgesellschaft in der Firma zusammen (analog § 19 III H.G.B.). Ob gleichzeitig auch die gesetzlichen Vertreter anzugeben sind, wird in der Literatur nicht einheitlich entschieden. Staub[2]) hält die Eintragung für erforderlich, da die Eintragung der bloßen Firma nicht umfassend genug sei. Goldschmitt[3]) verlangt nur die Eintragung der Firma. Flechtheim[4]) sagt dazu, daß die Eintragung der Firma zwar genügt, daß die Anmeldung des gesetzlichen Vertreters der juristischen Person aber zulässig und zweckentsprechend wäre.

Der Sinn der Vorschriften muß hier wieder die Entscheidung geben. Dieser ist, wie oben gesagt, die genaue Kennzeichnung der Gesellschafter vorwiegend für den Gesellschaftsgläubiger, damit dieser genau weiß, an wen er sich im Ernstfalle zu halten hat. Darin erschöpft sie sich. Das Register ist ja nicht dazu geschaffen, ein vollständiges Bild über alle Rechtsverhältnisse der Beteiligten zu geben. Es soll vielmehr nur einzelne Rechtsverhältnisse, die einen bestimmten Inhalt haben, offenkundig machen.

Das Handelsregister bedarf, um die Sicherungsfunktion hinsichtlich dieses Inhalts erfüllen zu können, nicht der Angabe der gesetzlichen Vertreter. Deshalb ist diese Eintragung vom Standpunkt des Gläubigerschutzes aus nicht erforderlich. (analag mag hier erwähnt sein, daß der Vormund eines Geschäftsunfähigen auch nicht einzutragen ist — Staub: Anhang zu § 8 Anm. 6).

---

[1]) Zahn, Seuff. Bl. Ergänzungsband 11, S. 99.
[2]) Staub, § 106, Anm. 3 G.
[3]) Goldschmidt, Komm. H.G.B. 1929, § 106,4.
[4]) Dür.-Hach. § 106,5 a.

Als Stand der juristischen Person ist der Gegenstand ihres Unternehmens einzusetzen. Bei wörtlicher Auslegung müßte man allerdings als Stand ihre Kaufmannseigenschaft einsetzen. Das ist aber selbstverständlich und trägt nicht zu ihrer näheren Charakteristik im Sinne der Vorschrift bei. Dieser wird nur genügt durch die Angabe des Gegenstandes des Unternehmens.

Als Ort ist der Sitz der Gesellschaft und das zuständige Handelsregistergericht anzugeben. Diese Verweisung ist zweckmäßig, weil es Handelsregisterbezirke gibt, die mit dem Ort der Niederlassung der Kapitalgesellschaft nicht übereinstimmen.

Diese Angaben genügen zur Kennzeichnung der juristischen Persönlichkeit vollauf.

Wer das Bedürfnis nach näherer Information über die betreffende Kapitalgesellschaft hat, der muß sich in dem Handelsregister der Gesellschaft bezw. aus anderen Quellen weitere Nachricht verschaffen, geradeso, wie er es bei einer physischen Person zu tun gezwungen wäre.

Die Anmeldung ist nach § 108 I. H.G.B. von sämtlichen Gesellschaftern zu bewirken. Gesellschafter ist im vorliegenden Falle die juristische Person. Sie selbst ist aber nicht handlungsfähig. Das ergibt sich aus der Natur der Sache, denn im Grunde genommen ist sie nichts anderes als ein Form gewordener Gedanke. Deshalb ist neben dem Organ der Generalversammlung das Dauerorgan des Vorstandes geschaffen worden. Durch diesen offenbart die juristische Person ihren Willen. Alles, was das Organ tut, ist eine Handlung der Korporation selbst.[1]) Die Identität der Handlung ist gewahrt. Der Vorstand ist die Hand, mittelst derer die A.G. handelt.

Demnach hat die Kapitalgesellschaft die Anmeldung in der Form vorzunehmen, in der sie auch sonst im Rechtsleben auftritt, d. h. der Vorstand der A.G. (§ 131 H.G.B.) bezw. der Geschäftsführer der G. m. b. H. (§ 35 G. m. b. H.-Ges.) hat die Anmeldung zu betätigen.

Nach § 108 II hat aber weiterhin der Gesellschafter, der zur Vertretung der O.H.G. berufen ist, die Firma der Gesellschaft und seine eigene Unterschrift bei Gericht zu zeichnen. Der Vorstand der juristischen Person hat demzufolge die Firma der O.H.G. und die Firma der durch ihn vertretenen Gesellschaft samt seiner Unterschrift zu zeichnen. Hierdurch soll im Interesse der Sicherung des Rechtsverkehrs offenkundig gemacht werden, wer zeichnungsberechtigter Vertreter der O.H.G. ist und wie dieser Vertreter seine Unterschrift tätigt. Dieses zusammen ist die Funktion des Sicherungsprinzips. Wenn teilweise die Ansicht vertreten wird, daß durch § 108 II H.G.B. nur die Art und Weise der Zeichnung festgestellt werden soll, so ist darauf

---

[1]) Fischer, E.H.B.H. 3,1 S. 212.

zu antworten, daß das vielleicht für die physische Persönlichkeit unter Umständen zutreffen kann, weil deren Persönlichkeit sich ja zwanglos nach § 108 I feststellen läßt. Nicht aber kann es für die juristische Person zutreffen, weil hier der gesetzliche Vertreter der Gesellschaft nach Belieben gewechselt werden kann. Für die Kapitalgesellschaft folgt also, daß man sinngemäß den § 108 II H.G.B. in dem oben angegebenen Sinne auslegen muß. Das ergibt sich noch deutlicher, wenn man zu der Vorschrift des § 108 den § 125 IV H.G.B. in Beziehung setzt. Die Realgesellschaft kann in ihrer Stellung als Gesellschafter der O.H.G. durch ihr Organ, d. h. durch ihren Vorstand, der nach außen unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsmacht hat (§ 231 H.G.B.), die Personalgesellschaft unbeschränkt verpflichten. Deshalb ordnet das Gesetz in § 125 IV H.G.B. an, daß eine eventuelle Aenderung in der Vertretungsmacht des offenen Handelsgesellschafters in das Handelsregister einzutragen ist, damit die Sicherungsfunktion der Publizitätswirkung wirksam bleibt.

Der Einwand, daß eine Aenderung des Vorstandes der Kapitalgesellschaft keine Aenderung in der Vertretungsmacht eines Gesellschafters nach § 125 IV H.G.B. darstelle, ist nur scheinbar richtig. Der Sinn des § 125 IV H.G.B. ist vielmehr der, daß jede Aenderung der formellen zeichnerischen Vertretungsmacht offenkundig gemacht werden soll. Der Gesetzgeber hat das nur deshalb nicht anders formuliert, weil bei der physischen Person jede Aenderung bezüglich der Funktion der Vertretungsmacht bedingt ist durch eine Aenderung der absoluten Vertretungsmacht. Das fällt aber bei der juristischen Person auseinander. Bei ihr kann sich die Funktion hinsichtlich der Vertretungsmacht ändern, ohne daß sich die absolute Vertretungsmacht ändert.

Dem Gesetzgeber kam es aber, wenn man die §§ 12, 108 und 125 H.G.B. in eine Linie setzt, ebensosehr darauf an, die Aenderung in der absoluten Vertretungsmacht offenkundig zu machen, als auch die Aenderung hinsichtlich der formellen Zeichnung. Wenn z. B. eine physische Person ihre Hand verliert, mit der sie zeichnet, so müßte sie ihre Zeichnung bei Gericht erneuern, weil die Zeichnung der Firma den Zweck hat, eine genaue Prüfung der Echtheit von Unterschriften im Rechtsleben des Handelsverkehrs zu ermöglichen.[1]) Dieser Fall wäre keine analoge Anwendung des § 108, sondern nur eine sinngemäße Interpretation desselben, weil nicht mehr die „Zeichnung" im Sinne des § 108 II H.G.B. vorgelegen hätte und somit keine Prüfung der Unterschrift mehr möglich gewesen wäre.

Wieviel nötiger wird diese Regelung aber erst sein, wenn sich das persönliche Organ einer Gesellschaft, d. h. deren Vorstand vollständig

---

[1]) Staub, § 12, Anm. 4.

ändert. Zwar handelt es sich hier um eine analoge Anwendung der Rechtssätze, aber der Tatbestand ist hinsichtlich der rechtlich erheblichen Momente vollständig wesensgleich.

Würde die Aenderung des Organs nicht eingetragen und müßte das neue Organ nicht die Firma nebst seiner Namensunterchrift beim Registergericht zeichnen, dann würde das Handelsregister statt eine Sicherungsfunktion zu erfüllen, das Gegenteil bewirken, nämlich die Sicherheit des Rechtsverkehrs unterhöhlen, besonders in Anbetracht dessen, daß die Nichteintragung in das Handelsregister eine gewisse gesetzliche Vermutung für das Bestehen oder Nichtbestehen von Rechtsverhältnissen gibt.[1])

Die Ansicht Hagemanns,[2]) daß die oben geforderte Regelung deshalb nicht notwendig sei, weil der Gläubiger ja Gelegenheit habe, im zuständigen Register der Kapitalgesellschaft die genaue Auskunft zu erlangen (die jeweiligen Vorstandsmitglieder der A.G. haben ihre Namensunterschrift beim Registergericht zu zeichnen § 195 IV und § 234 H.G.B.), entspricht nicht den positiven Rechtsvorschriften und ist mit den wirtschaftlichen Notwendigkeiten nicht in Einklang zu bringen. Gehört z. B. eine Königsberger A.G. einer Elberfelder O.H.G. als Teilhaber an, so ist die Einsichtnahme in die zuständigen Register nur unter großen Schwierigkeiten möglich. Dem Kontrahenten, dem es oft auf schnelle Orientierung ankommt, wird die Zeit mangeln, sich einen Registerauszug zu besorgen oder durch einen bevollmächtigten Dritten Einsicht nehmen zu lassen.

Am gleichen Orte schon könnte eine Orientierung auf Schwierigkeiten stoßen, wenn, wie in Berlin, die Handelsregister A und B vollständig getrennt geführt werden.[3])

Der praktische Sinn des Kaufmanns wird es auch nur schwer verstehen können, daß über wichtige Rechtsverhältnisse, die sich auf die Personalgesellschaft beziehen, das Register B der Kapitalgesellschaften Auskunft erteilen soll.

Deshalb ist erforderlich, daß die Orientierung in dem Register derjenigen Gesellschaft erfolgt, mit der Rechtsbeziehungen hergestellt werden.

Das Handelsrecht regelt einen ähnlich gelagerten Fall in gleicher Weise. In dem Register der Zweigniederlassung ist die Gesamteintragung, wie sie im Register der Hauptniederlassung erfolgte, zu wiederholen. (§ 13 H.G.B.).

---

[1]) Staub, Anhang zu § 8, Anm. 11.

[2]) Hagemann, Diss. Der Eintritt eines Gesellschafters in die O.H.G. S. 49; Dür.-Hach., § 106, Anm. 5.

[3]) Cahn, G. m. b. H. & Co., S. 39.

Die Tatsache, daß der Gesetzgeber die Wiederholung der Registereintragung in das Register der Zweigniederlassung positiv angeordnet hat, spricht für die Richtigkeit der oben vertretenen Ansicht.

Der Registerrichter kann die Eintragung sowohl von der Gesamtheit der Gesellschafter der O.H.G. verlangen (§ 125 IV, § 14 H.G.B.), als auch von dem neuen Organ (§ 108 II H.G.B.).[1]

3. Bilanzveröffentlichungen.

Der Vorstand einer A.G. ist verpflichtet, die von der Generalversammlung genehmigte Bilanz unverzüglich in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen. (§ 265 H.G.B., § 41 IV G. m. b. H.-Ges. für die G. m. b. H., d. e. Bankgesch. betr.).

Das Publizitätsprinzip hat in dieser Vorschrift seine theoretisch wirksamste Ausgestaltung gefunden. An der Veröffentlichung des Vermögens- und Geschäftsstandes haben sowohl die Oeffentlichkeit als auch die Gläubiger großes Interesse.[2] Auch der Schutz der Aktionäre ist Gläubigerschutz, wie eingangs (S. 11) festgestellt worden ist. Die Kapitallieferung ist von der Unternehmerarbeit — abgesehen vielleicht vom Großaktionär — zwar nicht rechtlich, so doch wirtschaftlich getrennt.[3])

Andererseits stellt aber auch der Aktionär, besonders der Kleinaktionär, im gewissen Sinne einen Teil der Oeffentlichkeit dar. Seine Kenntnis ist in der Regel nicht größer und nicht sachgemäßer als die der großen Oeffentlichkeit. Auch die Generalversammlung hilft darüber nicht hinweg, die zudem sehr oft zu einer „schlechtbesuchten, aber geschickt gespielten Komödie"[4]) geworden ist. Dabei ist noch zu bemerken, daß mit der Höhe der Zahl der Aktionäre die Bedeutung der Generalversammlung herabsinkt.[5]) Wie weit die Aktienreform (§ 86 des Ministerialentwurfes eines Aktiengesetzes vom 16. August 30. — Auskunftsrecht des Aktionärs) hier Aenderung schafft, bleibt abzuwarten.

Durch die Bilanzveröffentlichungsvorschriften sollen die Aktiengesellschaften gezwungen werden, öffentlich Rechenschaft über die Verwaltung der ihnen vom Publikum anvertrauten Kapitalmassen abzulegen.[6]) Die Gläubiger und die Oeffentlichkeit wollen sich an Hand der veröffentlichten Bilanzen ein Urteil über „die Aufbringung und Verwendung des Kapitals, über das Ergebnis der Geschäftstätigkeit und über die Zahlungsfähigkeit und Sicherheit" bilden.[7])

---

[1]) Scheuing, a. a. O., S. 34.
[2]) Passow, Bilanzen II, S. 16; Ring-Schachian, Praxis der A.G. S. 297.
[3]) Passow, Aktiengesellschaft, S. 327.
[4]) Schmoller, zit b. Müller-Erzbach, a. a. O., S. 20.
[5]) Müller-Erzbach, a. a. O., S. 20.
[6]) Brodmann, Aktienrecht, S. 349.
[7]) Ring-Schachian, a. a. O., S. 297.

Bilanz ist diejenige Gegenüberstellung von Aktiven und Passiven die unter Berücksichtigung der Art des Unternehmens der Gesellschaft nach kaufmännischen Gesichtspunkten erforderlich ist, um Einblick in und Urteil über die Vermögenslage zu gewinnen.[1]) Die Aktiva und Passiva sind in diesem Zusammenhange keine Rechts-, sondern wirtschaftliche Begriffe.[2])

Die Bilanz findet ihre Ergänzung in der Gewinn- u. Verlustrechnung, weil man aus der Bilanz nicht das geschäftliche Ergebnis des Jahres ablesen kann. In der Gewinn- und Verlustrechnung soll auseinandergesetzt werden, woran im einzelnen und wieviel an jedem einzelnen im Laufe des Geschäftsjahres gewonnen oder verloren worden ist. Der Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung, der gleich sein muß dem Unterschied der beiden Bilanzseiten, erscheint als Gewinn auf Seiten der Passiva, als Verlust auf Seiten der Aktiva, als ein formell die Bilanz ausgleichender Posten. Die Bilanz kontrolliert demgemäß die Gewinn- und Verlustrechnung.

Somit soll die Bilanz mehr sein als ein aritmethisches Zahlenverhältnis. Sie soll so abgefaßt sein, daß sie den gesamten Vermögensstand der Gesellschaft gut übersehen läßt.[3]) Deshalb muß die Bilanz wahr und klar aufgestellt sein.[4]) An die Bilanzveröffentlichung darf man natürlich keine extremen Forderungen stellen. Schrankenlos ist die Offenbarungspflicht nicht. Das Geschäftsgeheimnis bildet eine Grundlage des Geschäftserfolges.[5])

Mit dieser mehr ethischen Tendenz ist aber hier nicht weiter zu kommen. (Brodmann, Aktienrecht, S. 356). Es muß vielmehr nach einem objektiven Maßstab gesucht werden, an dem man die Mindestgrenze für die Veröffentlichung abmessen kann; das ist der Schutz der Gläubiger und des Publikums.[6])

Wenn als Folge dieses Grundsatzes schlecht fundierte Unternehmen zum Zusammenbruch gebracht werden, so ist das vom volkswirtschaftlichen Standpunkte aus zu begrüßen.[7])

Leider genügt die gehandhabte Aufmachung der Bilanzveröffentlichungen durchgehend nicht den zu stellenden Anforderungen der Publizität.[8]) Die Bilanzform und der Bilanzinhalt werden meistens mit Absicht und Geschick „frisiert" mit dem Resultat, daß die

---

[1]) Brodmann, Aktienrecht, S. 349.
[2]) Rehm, Bilanzen, S. 1.
[3]) Lehmann-Ring, § 265 I.
[4]) Rehm, Bilanzen, S. 457; (R.G.St. 38/95).
[5]) Ders.: a. a. O., S. 462; Passow, Aktiengesellschaft, S. 525 ff.
[6]) Rehm, a. a. O., S. 510; ähnl. Schweizer Obligat. Recht, Art. 656.
[7]) Passow, Bilanzen II, S. 19; R. Fischer, a. a. O., S. 296.
[8]) Ring-Schachian, S. 297 und S. 306.

Veröffentlichungen praktisch nichtssagend geworden sind.[1] Diesen Feststellungen entspricht das Urteil, das die in der Generalversammlung vom 30. Sept. 1929 gewählte Revisionskommission der Frankfurter Allgemeinen Versicherungs-Aktien-Gesellschaft über die Bilanzen der Gesellschaft, die zudem noch unter der Kontrolle des Reichsaufsichtsamtes für Privatversicherungen standen, gefällt hat: „Keine der Bilanzen ist so aufgestellt, daß sie darauf Anspruch erheben kann, den Vermögensstand und die Ergebnisse der Gesellschaft den tatsächlichen Verhältnissen entsprechend wiederzugeben."[2]

Es fällt jedoch nicht in den Rahmen unserer Arbeit, eine allgemeine kritische Untersuchung über den Wert oder den Unwert der veröffentlichten Bilanzen anzustellen; vom Standpunkt der Arbeit interessiert vielmehr nur, wie durch die Bilanzveröffentlichungen die Beteiligung der Kapitalgesellschaften an den Personalgesellschaften offenkundig werden müßte, damit der Gläubiger einen für ihn wertvollen Einblick in die diesbezüglichen Verhältnisse erhält.

In dieser Beziehung ist es mit der gegenwärtigen Praxis äußerst traurig bestellt. Die Bilanzgrundsätze der Wahrheit und Klarheit sind durch die Verkapselung umgestoßen worden und haben einem mehr oder minder entwickelten Geheimhaltungssystem Platz gemacht.[3] Auch in den oben angezogenen Bilanzen der Favag war das System der Verschachtelungen in seinem üblen Sinne ganz besonders ausgebaut. In der Aufklärung über die Beteiligung legte man sich sowohl in der Bilanz als auch in den Geschäftsberichten die größte Zurückhaltung auf.

Die Bilanzen der Favag gleichen in dieser Hinsicht den Bilanzen vieler anderer Gesellschaften.[4]

Das liegt zu einem großen Teil daran, daß kein Mindestprogramm für die zu veröffentlichenden Posten besteht. Die Gesellschaft kann die Bilanz in eine Form kleiden, daß auch der gewiegteste Kenner des Wirtschaftslebens nichts mit ihr anzufangen weiß. Auf diese Bedenken wurde wiederholt und ausgiebig von Wissenschaft und Praxis hingewiesen.[5] Wenn auch ein allgemeines Schema schon aus prinzipiellen Gründen gegen allen Schematisierungszwang abzulehnen ist, so geht es doch nicht an, daß den Grundsätzen der Bilanzwahrheit und Klarheit meistens nicht Rechnung getragen wird.

---

[1]) Passow, Aktiengesellschaft, S. 524; Zielinski, a. a. O., S. 12.
[2]) Bericht d. i. d. General-Versammlung v. 30. Sept. 29 gew. Revisions-Kommission der Frankfurter Allgemeinen Versicherungs-Akt.-Ges., S. 46.
[3]) Müller-Erzbach, a. a. O., S. 3; Friedländer, Konzernrecht, S. 318.
[4]) S. d. Beispiele b. Ring-Schachian, a. a. O., S. 298 ff. u. b. Passow, Bilanzen II, S. 22 ff.
[5]) Passow, Bilanzen II, S. 21 ff.; Rehm, Bilanzen, S. 459 ff. Ring-Schachian, a. a. O., S. 296/97 – 306.

Der Ministerialentwurf eines Aktiengesetzes vom 16. August 30 sucht hier Aenderung zu schaffen. Im Gegensatz zum H.G.B. werden ganz bestimmte Gliederungsvorschriften erlassen. (§ 113 d. Entw.). Darüber hinaus wird die Reichsregierung ermächtigt, Bilanzvorschriften über die Beteiligung an Tochter- u. Konzerngesellschaften zu erlassen. (§ 116 des Entw.).

Der heute immer wiederkehrende stereotype Posten „Beteiligungen" genügt keineswegs zur Information der Gläubiger und des Publikums. Wenn das gar in der Weise geschieht, wie Cahn[1]) das anführt, dann ist das m. E. ein direktes in fraudem legis agere. In dem angezogenen Beispiel betreibt eine Bank als „G. m. b. H. & Co. – K.G." ihr Geschäft. Ein Bilanzveröffentlichungszwang liegt nach 41 IV G. m. b. H.-Gesetz für die G. m. b. H. selbstverständlich vor (obgleich auch das von Cahn angezweifelt ist), wird aber mehr oder minder durch den einfachen Posten „Beteiligungen" erledigt. Dadurch ist die Bilanz vollständig nichtssagend geworden und man kann das Wort Brodmanns gebrauchen, das er in einem ähnlichen Falle sagt: „Das sind doch keine Bilanzen mehr". – Daß dieser leider erfolgreiche Versuch öfters durchgeführt wird, ist Tatsache.[2]) – Cahn findet das trotz etwaiger Bedenken ganz in Ordnung. Brodmann[3]) wendet sich äußerst scharf dagegen. Brodmann ist voll und ganz beizustimmen. Das ist kein Handeln praeter legem mehr, sondern contra legem.

Mit scheinbar rechtlich zulässigen Mitteln wird auf dem von Cahn für zulässig erachteten Weg ein vom Gesetz verbotener Erfolg erreicht (R.G. 100/210; v. Tuhr, Bd. III, S. 7). Nach den Grundsätzen der Analogie und aus eigener Kraft des Verbotsgesetzes muß ein solcher Versuch, einen verpönten Erfolg auf scheinbar rechtlichem Wege zu erreichen, unter das Verbotsgesetz einbezogen werden. (Oertmann, Allgem. Teil, S. 418).

Da man aber nun keinesfalls, auch nicht nach den gewagtesten Analogiegrundsätzen, die Vorschrift des § 41 IV G. m. b. H.-Gesetz auf die „G. m. b. H. & Co. K.G." anwenden kann, so muß eine derartige G. m. b. H. die Bilanz der K.G. veröffentlichen, weil die Bilanz der K.G. die Bilanz ihres Unternehmens ist.

Aber auch wenn die Beteiligung der Kapitalgesellschaft an der O.H.G. nicht diesen verwerflichen Zweck im Auge hat, dann genügt es nicht, wenn in die Bilanz nur ein Posten „Beteiligungen" eingesetzt wird. Oft werden sogar in einem Posten die dauernden und die

---

[1]) Cahn, G. m. b. H. & Co., S. 47 ff.
[2]) Passow, Aktiengesellschaft, 552; Cahn, a. a. O., S. 47; Liefmann, Beteiligungs- und Finanzierungsgesetz, S. 535.
[3]) Brodmann, J. W. 1922/1658.

Konsortial-Beteiligungen zusammengefaßt (Deutsche Landesbankzentrale A.G. — Bilanz per 31. XII. 1929). — Eine kaufmännische Auswertung der Posten wird dadurch ausgeschlossen. Wenn aber erst Beteiligungen (dauernde und Konsortialbeteiligungen) und Effekten zusammengefaßt werden,[1]) dann ist die Bilanzklarheit nicht mehr vorhanden, weil die angegebenen Warenposten durch eine derartige Zusammenfassung unübersichtlich, unerkennbar und undeutlich geworden sind.[2])

Auch die Praxis wendet sich gegen diese Bilanzmachenschaften (siehe die Kritik im Handelsblatt der Köln. Ztg. über die völlig ungenügende Publizität der Bilanz - Wertpapiere und Beteiligungen — 1 Posten — und des Geschäftsberichts der Polyphon A.G. K.Z. vom 15. IV. 1930).

Deshalb wird unbedingt vom Glaubigerschutzstandpunkt aus zu fordern sein, daß die Posten Effekten, Konsortial- und dauernde Beteiligungen getrennt in der Bilanz erscheinen.[3]) (Siehe die Bilanz der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank, München — per 31. XII. 1929, die diesem Erfordernis Rechnung trägt).

Auch nach geltendem Recht soll die Bezeichnung der Bilanzkosten eindeutig und einheitlich erfolgen. „Eindeutig in dem Sinne, daß kein Zweifel über den Charakter des einzelnen Bilanzpostens besteht und einheitlich das für den einzelnen Posten die einmal gewählte Bezeichnung beibehalten oder bei Aenderungen der Grund erklärt wird."[4])

Aeußerst wünschenswert wäre es im Interesse der Bilanzklarheit und der Informationsmöglichkeit der Gläubiger, daß die Posten „dauernde Beteiligungen" untergeteilt werden in allgemeine Beteiligungen und Beteiligungen an Personalgesellschaften. Erst damit dürfte das Mindestprogramm erfüllt sein, das Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis an die Bilanz stellen. In die Gewinn- und Verlustrechnung wäre weiterhin ein Posten einzustellen, der die Einnahmen bezw. die Verluste aus den oben angeführten Bilanzposten angibt.[5])

Diesem letzten Erfordernis wird nur in den seltesten Fällen entsprochen[6]) und doch sind die Bilanzposten tote Zahlen, wenn

---

[1]) Friedrich Krupp A.G. 31. IX. 1929. — J.G. Farbenindustrie A.G. — Norddeutscher Lloyd Bremen A.G. — Alle Bilanzen per 31. XII. 1929 u. d. Beisp. b. Ring-Schachian, a. a. O., S. 300.

[2]) Rehm, Bilanzen, S. 457 ff.

[3]) Rehm, Bilanzen, S. 460 ff. und Liefmann, Beteiligungs- und Finanzierungsgesellsch., S. 538.

[4]) Ring-Schachian, a. a. O., S. 296; Friedländer, Konzernrecht, S. 119.

[5]) Friedländer, ebenda.

[6]) S. Beisp. b. Ring-Schachian, a. a. O., S. 311 und die Gewinn- und Verlustrechnungen der Friedrich Krupp A.G. Essen u. d. Allg. Elektrizitätsgesellschaft v. 30. IX. 1929.

ihnen nicht durch die Gewinn- und Verlustrechnung Leben eingehaucht wird.

Dagegen würde die Forderung entschieden zu weit gehen, daß die Kapitalgesellschaft, die nach § 128 H.G.B. ja unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Personalgesellschaft haftet, deren Schulden in ihre Bilanz einsetzt. Das würde bilanztechnisch schon aus dem einfachen Grunde abzulehnen sein, weil keine Gegenwerte gebucht werden könnten. Die Bilanz der Kapitalgesellschaft würde dann erst ein recht falsches Bild ergeben. Es ist bilanztechnisch einfach ausgeschlossen, daß ein offener Handelsgesellschafter über sein im Geschäft steckendes Vermögen und über dieses nur, soweit es das seinige ist, eine stichfeste Bilanz errichtet.

Es wird vielmehr Aufgabe der A.G. sein, über die diesbezüglichen Liquidationsverhältnisse an anderer Stelle in geeigneter Weise zu berichten. Aehnlich entscheidet das Gesetz, wenn es in § 19 III des Privatnotenbankgesetzes (vom 30. Aug. 1924) anordnet, daß die aus weitergegebenen, im Inland zahlbaren Wechseln möglicherweise entstehenden Verbindlichkeiten nur ersichtlich zu machen sind.

Zwar handelt es sich in unserem Falle um Verbindlichkeiten der Kapitalgesellschaft, die schon voll wirksam sind, die also nicht „möglicherweise" erst entstehen. Aber für diese Schulden der Personalgesellschaft hat die Kapitalgesellschaft ja auch nur „möglicherweise" einzustehen.

Man kann prinzipiell dokumentieren, daß schwebende Verbindlichkeiten nicht in die Bilanz gehören[1]) und daß es sich hier im Grunde genommen um solche schwebende Verbindlichkeiten handelt. Deshalb gehören sie in den Geschäftsbericht.[2])

Nach § 260 II H.G.B. ist dem abstrakten Zahlenwerk der Bilanz und der Gewinn- u. Verlustrechnung ein erläuternder Bericht beizufügen, der diejenigen Bilanzposten erklärt, deren Deutung sich nicht von selbst ergibt. Das ist äußerst notwendig, weil die Bilanz in mehr als einer Hinsicht versagt und selbst eine formell wie materiell richtige und weitgehend gegliederte Bilanz falsche Vorstellungen über die Vermögenslage hervorrufen kann.[3]) Das wird natürlich besonders bei der heute geübten Praxis der Bilanzaufstellungen der Fall sein.

Das Reichsgericht stellt für den Geschäftsbericht außerordentlich strenge Grundsätze auf (R.G.St. 37/434; 41/297 f; 49/363; — R.G.Z. 115/332 ff.) — Gegen eine Ueberspannung der Ansprüche an die Berichterstattung hat die Praxis sich öfters gewehrt (J.W. 1908/344, Nr. 37).

---

[1]) Brodmann, Aktienrecht S. 369 — Rehm, Bilanzen S. 49.
[2]) Fischer, E.H.B.H. 3,1 S. 264.
[3]) Fischer, E.H.B.H. 3,1 S. 264.

Maßstab muß aber wie oben, so auch hier, der Schutz der Gläubiger und die Information der Aktionäre und des Publikums sein. Dabei ist Grundsatz, daß auf jeden Fall der Natur der Sache gemäß, der Geschäftsbericht offener sein muß als die Bilanz, und daß er manches erklären muß, was die Bilanz unter Umständen nicht ganz klar darzustellen braucht.[1])

Daß der Geschäftsbericht nicht nur für die Aktionäre bestimmt ist, wie Rehm[2]) das noch annimmt, sondern ebenso wie die Bilanz für die breite Oeffentlichkeit, also auch für die eigentlichen Geschäftsgläubiger, ist heute herrschende Meinung.[3])

Schon aus diesem formalen Grunde ist es unumgänglich notwendig, daß die Posten Beteiligungen näher erläutert werden, weil das Publikum und die Gläubiger nicht die Generalversammlung besuchen können und mündliche Auskunft als Mitglied der G.V. verlangen können. Ohne Erläuterung aber ist der Posten Beteiligungen, und mag er noch to gut untergeteilt sein, nicht zu verstehen. Eine derartige Berichterstattung wird aber nicht dem Sinne der gesetzlichen Vorschrift entsprechen. Aber auch aus einem mehr materiellen Grunde ist die nähere Erläuterung des Bilanzpostens „Beteiligungen" im Geschäftsbericht zu geben.

Die Kapitalgesellschaft ist mit der Personalgesellschaft durch die Grundtypvermischung zu einer Schicksalsgemeinschaft zusammengeschlossen worden. Ein wirtschaftlicher Zusammenbruch der O.H.G. kann auf die finanziellen Grundlagen der beteiligten Realgesellschaft infolge der Haftungsverhältnisse nachteiligste, unter Umständen katastrophale Rückwirkungen haben. Die Gläubiger bezw. diejenigen, die es werden wollen, und die Wirtschaftsgruppen, die mit der Realgesellschaft in geschäftlichen Beziehungen stehen, haben demgemäß ein bedeutendes Interesse daran, über die allgemeine wirtschaftliche Lage der in Frage kommenden Personalgesellschaft unterrichtet zu werden. Von einer derartigen wahrheitsgetreuen Berichterstattung werden sie unter Umständen ganz wesentlich ihr geschäftliches Verhalten abhängig machen.

Die Möglichkeit der hier geforderten Berichterstattung hat die Realgesellschaft, weil ihr, als offenem Handelsgesellschafter ein vollständiger Einblick in die Bilanz und die Verhältnisse der Personalgesellschaft zusteht, selbst wenn sie von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist.

---

[1]) Simon, Betrachtungen über Bilanzen im Geschäftsbereich der Aktiengesellschaften aus Anlaß innerer Vorgänge, 1903.
[2]) Rehm, a. a. O., S. 510.
[3]) Brodmann, Aktienrecht, § 260 Anm. 6 — R.G.St. 41/297 f.

Nach § 314 I H.G.B. besteht unter Androhung hoher Strafe für den Vorstand und die Mitglieder des Aufsichtsrats eine direkte Pflicht zur Beachtung der oben aufgestellten Forderungen. Der Strafsenat des Reichsgerichts hat diese Strafvorschrift immer sehr streng ausgelegt. (R.G.St. 37/434; 49/363).

Als Ergebnis vorliegenden Untersuchungsabschnittes ist zu buchen, daß sowohl vom Standpunkt des positiven Rechts, wie vom Gläubigerschutzstandpunkt aus zu fordern ist, daß

a) die Posten „Beteiligungen" (ohne Wertpapiere) in der Bilanz einzeln auftreten und daß sie klar untergegliedert sein müssen,
b) in die Gewinn- und Verlustrechnung ein besonderer untergegliederter Ausweisposten für die Beteiligungen eingesetzt wird,
c) im Geschäftsbericht eine Uebersicht über die Schulden und die allgemeine wirtschaftliche Lage der Personalgesellschaft gegeben wird.

Bei Beachtung dieser Gesichtspunkte erfüllt die für das Publizitätsprinzip äußerst wichtige Bilanzveröffentlichung ihre Sicherheitsfunktion.

Die Vorschriften und Zwecke der Bilanzveröffentlichung der Kapitalgesellschaft stehen demgemäß bei juristisch korrekter Anwendungsweise der Grundtypvermischung nicht im Wege.

Daß sich in der Praxis ganz allgemein und im besonderen bezüglich des vorliegenden Problems Mißstände eingeschlichen haben, kann an dem Ergebnis nichts ändern, daß eine wirtschaftlich und juristisch einwandfreie Lösung bei genauer Beachtung der gesetzlichen Vorschriften erreicht werden kann.

b. Die Erhaltung eines lequidationsfähigen Stammkapitals der umschlossenen Kapitalgesellschaft als Mindestgarantiefonds für die Gläubiger.

1. Die materiellen Bilanzverhältnisse, insbesondere die Wertfestsetzungsvorschriften des Aktienrechts und des Rechts der G. m. b. H.

In engem Zusammenhang mit dem vorhergehenden Untersuchungsabschnitt stehen die materiellen Bilanzvorschriften. Sowohl die Publizitätsvorschriften als auch die materiellen Wertvorschriften wollen die Bilanz klar und wahr gestalten.

Die Bilanz der Personalgesellschaft konnte derartige gesetzliche Anordnungen, wie sie das Gesetz für die Bilanzen der Kapitalgesellschaften aufgestellt hat, entbehren. Es war nicht notwendig, sie unter

einem anderen Gesichtspunkt zu errichten wie unter dem des Eigentümers,[1]) weil als unwägbarer Posten auf der Aktivseite immer die physische Persönlichkeit und ihre unbedingte finanzielle Verantwortlichkeit steht.

Der Gläubiger hat deshalb kein sehr großes Interesse an der Bilanzeinsicht und die Oeffentlichkeit braucht keine moralische Kontrolle auszuüben, weil nicht ihre persönlichen Interessen, d. h. ihr gesammeltes Geld, in diesen Instituten verwaltet wird.

Bei der Kapitalgesellschaft, und hier besonders wieder bei der Aktiengesellschaft[2]) ist es anders.

Denn je mehr die persönliche finanzielle Verantwortung der maßgebenden Leute schwindet, desto mehr wächst die Gefahr, daß das haftende Bruttovermögen als Gewinn verteilt wird.[3]) Das hat das Gesetz durch die materiellen Bilanzvorschriften zu verhindern gesucht. Zum mindesten soll dem Gläubiger das Grundkapital als Haftungsfonds erhalten bleiben. Aus diesem Grunde muß das Stammkapital auf der Passivseite erscheinen, obwohl es wirtschaftlich keine Schuld der Gesellschaft darstellt, denn die Gesellschafter sind auch Mitglieder und nicht nur eigentliche Gläubiger der Gesellschaft.[4]) Dies ist das charakteristischste Unterscheidungsmerkmal der Bilanz der Kapitalgesellschaft von der der Personalgesellschaft.[5]) Die Wertvorschriften der §§ 261 I — III H.G.B., 42 I — III G. m. b. H.-Ges. dienen nur der Verwirklichung dieses Zieles.

Man hat deshalb die Bilanz der Kapitalgesellschaft eine Gewinnverteilungsbilanz (teilweise Gewinnertragsbilanz Rehm: S. 359 im Gegensatz zu Staub: § 261 Anm. 13 — diese Streitfrage ist für uns belanglos) genannt, im Gegensatz zu der reinen Vermögensbilanz der O.H.G. Das ist m. E. nicht ganz zutreffend. Ein prinzipieller Unterschied besteht nicht, sondern nur ein funktioneller, auf den oben hingewiesen wurde.

Der Grundsatz jeder Bilanz ist eine Aufstellung von Kosten mit dem Ziele periodischer Erfolgsermittlung.[6]) Das ist sowohl Grundsatz der Vermögensbilanz, wie der sog. Gewinnverteilungsbilanz (abgesehen wird hier von der Steuer-, Verkaufs- und Liquidationsbilanz).

Beiden muß im Wesen diesem Grundsatz gemäß eine gewisse Kontinuität eigen sein, nicht nur der Gewinnverteilungsbilanz, wie

[1]) Rehm, Bilanzen, S. 359.
[2]) Rehm, a. a. O., S. 357.
[3]) Ders.: S. 355.
[4]) „ S. 5, s. a. S. 17.
[5]) Fischer, a. a. O., S. 265.
[6]) Fischer, a. a. O., S. 258.

Brodmann,[1]) das sagt. Deshalb will Simon[2]) auch gar keinen Unterschied zwischen diesen Bilanzen zulassen. Auch wir neigen dieser Ansicht zu, wenn wir sagen, daß nur ein funktioneller Unterschied besteht, nämlich der der Erhaltung des Grundkapitals im Interesse der Gläubiger. Nur aus diesem Grunde war der Gesetzgeber gezwungen, für die Kapitalgesellschaften bestimmte Bilanzvorschriften aufzustellen. Die Vorschriften des § 261 I—III sind keine Schätzungsregeln, sondern nur sehr vorsichtige Bilanzierungsvorschriften, die jeder Einzelkaufmann in seiner Bilanz auch beobachten kann und wird. Das Bestreben auch des Einzelkaufmanns geht immer dahin, die Posten seiner Betriebsbilanz sehr vorsichtig zu bewerten.[3])

Das Grundprinzip ist bei beiden Bilanzen ein wirtschaftliches.[4]) Demgemäß sind auch die Bewertungsvorschriften im Grunde nicht verschieden.[5]) Die wirtschaftliche Wertfestsetzung der Bilanzposten erfolgt in beiden Fällen nach § 40 H.G.B., modifiziert nur in gewisser Hinsicht für die Kapitalgesellschaften durch besondere Vorschriften. (§ 261 I—III H.G.B. und § 42 I—III G. m. b. H.-Ges.).

Wert ist in jedem Falle ein wirtschaftlich relativer Begriff. Jeder Art von Wertfestsetzung wohnt daher ein subjektiver Einschlag inne.[6]) Im § 261 I—III H.G.B. ist versucht worden, diese Relativität zu begrenzen, indem die Abschätzung des Vermögens zum absoluten Maßstab Geld eine unter allen Umständen liquide sein soll. Deshalb darf nur ein bestimmt zu kapitalisierender Gewinn als Dividende verteilt werden.[7]) Die Ausdrucksweise des RG. (J.W. 05/235, Nr. 20), daß lediglich realisierter oder kapitalisierter Gewinn als Dividende ausgeschüttet werden darf, ist deshalb nicht ganz richtig.

Die Ausführungen zeigen, daß kein so großer Unterschied zwischen der Bilanz einer Personalgesellschaft und der einer Kapitalgesellschaft besteht, wie das meistens ohne weitere Prüfung angenommen wird.[8]) Aus diesem Grunde wird bei der Grundtypvermischung der Fall nicht allzu selten sein, daß eine Kapitalgesellschaft als offener Handelsgesellschafter die ziffernmäßige Höhe der Beteiligung ohne Umwertung aus der Bilanz der Personalgesellschaft entnehmen kann, weil die umschließende Gesellschaft ihre Bilanz nach sehr vorsichtigen Wertfestsetzungsgrundsätzen aufgebaut hat.

---

[1]) Brodmann, Aktienrecht, S. 359.
[2]) Simon, Bilanzen der Aktiengesellschaft, S. 95.
[3]) Rehm, Bilanzen, S. 361.
[4]) Ring-Schachian, a. a. O., S. 291,3.
[5]) Fischer, a. a. O., S. 256.
[6]) Wieland, a. a. O., S. 327.
[7]) Passow, Bilanzen II S. 49; Rehm, Bilanzen S. 361.
[8]) Cahn, G.m.b.H. & Co., S. 9; Heuer, a. a. O., S. 28; Kunz, a. a. O., S. 33; Holdheim, i. s. Ztschr. 92, S. 197.

Durch Gesellschaftsvertrag kann eine derartige Regelung verabredet sein. Der Realgesellschaft als offener Handelsgesellschafter steht die Kontrollmöglichkeit dieser Verabredung offen. Der Registerrichter, dem die Bilanz der Kapitalgesellschaft einzureichen ist, kann sich natürlich nicht auf derartige Verträge verlassen, zumal die Bilanz der Personalgesellschaft weder zu veröffentlichen noch einzureichen ist (§ 265 H.G.B., § 41 IV G. m. b. H.-Ges.).

Praktisch wird dieser Weg kaum beschritten.

Eine derartige Wertfestsetzung kann aber nie, auch nicht nach den gewagtesten Auslegungsregeln, für die „G. m. b. H. & Co. K.G." (im engeren Sinne) oder für die allein aus juristischen Personen bestehende O.H.G. zur Pflicht werden, wie das Derichs[1]) annimmt. Diese sicher zweckmäßige Lösung findet im positiven Recht keine Stütze. In jedem Falle muß nämlich die Kapitalgesellschaft eine eigene Bilanz, die nach den Regeln des § 261 H.G.B. (§ 42 G. m. b. H.-Ges.) aufzustellen ist, einreichen und veröffentlichen. Wenn man nun einen rechtlich vorgeschriebenen Tatbestand ohne Analogie, direkt nach den positiv vorliegenden Rechtsnormen erreichen kann, muß man diesen Weg als den natürlicheren vorziehen. Die Kapitalgesellschaft wird deshalb immer nach den für sie geltenden Aktienrechtsgrundsätzen zur eigenen Wertfestsetzung verpflichtet sein, wenn nicht die Personalgesellschaft ihre Betriebsbilanz selbst in dieser vorsichtigen Weise aufgezogen hat, was des öfteren, wie oben gezeigt, bei Betriebsbilanzen der Fall ist, weil der vorsichtige Kaufmann meist den Selbstkostenpreis bezw. den Herstellungspreis, in die Bilanz einsetzt.[2]) Würde die Kapitalgesellschaft nicht in dieser Weise vorgehen, dann würde sie von einem fiktiven Vermögen Gewinn verteilen, von dem nicht absolut sicher ist, ob der fiktive Wert zu realisieren ist. Dadurch könnte der Fall eintreten, daß das Gesellschaftsvermögen unter das ziffernmäßige Grundkapital sinkt und dieser Fonds den Gläubigern nicht mehr als Mindestgarantiefonds zur Verfügung steht.

Ueber die Notwendigkeit der Wertfestsetzung der Beteiligungssumme nach aktienrechtlichen Grundsätzen besteht Einstimmigkeit. Aber — sagen die Gegner[3]) — sowohl die Durchführung dieser Umwertung nach aktienrechtlichen Gesichtspunkten, als auch die bilanztechnische Unterbringung dieser Beteiligungssumme in der Bilanz der Aktiengesellschaft ist ausgeschlossen. So sagt Kunz,[4]) die Bilanzgrundsätze der A.G. könnten nicht nur umgangen werden, sie müßten vielmehr geradezu umgangen werden, infolge der verschiedenen Wertfestsetzungsgrundsätze.

---

[1]) Derichs, a. a. O., S. 46.
[2]) Rehm, Bilanzen, S. 361 u. 377.
[3]) Kunz, a. a. O., S. 33; Brodmann, J. W. 1922/1657.
[4]) Ebenda Kunz, S. 33.

Bei den folgenden Ausführungen wird von den Fällen abgesehen, daß die Bilanzen der Personalgesellschaften nach den vorsichtigen Regeln des Aktienrechtes aufgestellt sind. Es wird vielmehr angenommen, daß die Betriebsbilanz der umschließenden Gesellschaft nach anderen Grundsätzen aufgestellt ist.

Nach den gegnerischen Ausführungen könnte man fast glauben, daß eine Umwertung wirklich ausgeschlossen oder zum mindesten sehr schwierig sein müsse. Ist dem wirklich so?

Freilich darf man nicht mit dem Begriff des quotenmäßigen Anteils am Vermögen der umschlossenen Gesellschaft arbeiten, wie das Flechtheim[1]) zuerst versehentlich getan hat und von dem Cahn[2]) es falsch übernommen hat. Denn an einer Gemeinschaft zur gesamten Hand ist schlechterdings jeder bestimmte oder quotenmäßig bestimmbare Anteil ausgeschlossen. Das ist die wohl bestrittene, aber weitaus herrschende Ansicht.[3])

Man muß daher nach einem anderen Begriff suchen, der sich in das Wesen der Bilanz einfügt. Das Gesetz kommt selbst hier zu Hilfe, indem es in den §§ 120–122 H.G.B. von dem Kapitalanteil des offenen Handelsgesellschafters spricht. Das neue H.G.B. hat diesen Ausdruck statt dem vom alten H.G.B. (Art. 106) fälschlicherweise gebrauchten Ausdruck „Anteil am Gesellschaftsvermögen" eingeführt. Die Bezeichnung „Kapitalanteil" ist der Technik der kaufmännischen Buchführung entnommen.[4]) Man versteht darunter die Einlagen zuzüglich Gewinn oder abzüglich Verlust. Demgemäß unterscheidet man Aktiv- und Passivsaldo. In jedem Falle stellt der Kapitalanteil aber nur eine fiktive Ziffer dar, ohne exakte juristische Bedeutung. Er dient als ziffernmäßige Grundlage für die Berechnung von Zinsen nach § 121 H.G.B. und als Verhältniszahl für das Auseinandersetzungsverfahren.[5]) Das Kapitalkonto gibt also, ohne daß man eine klare juristische Analyse von ihm geben kann, einen ungefähren Ueberschlag über das vermögensrechtliche Verhältnis der offenen Handelsgesellschafter zur Gesellschaft. An Hand dieses wirtschaftlichen Anteilsbegriffes kann ohne jede Schwierigkeit die Wertfestsetzung der Beteiligungssumme nach aktienrechtlichen Grundsätzen geschehen. Die Verwaltung der Kapitalgesellschaft braucht nur die Aktiva der Personalgesellschaft nach den Wertgrundsätzen des § 261 H.G.B. einzusetzen, dann den Saldo zu berechnen, und diese errechnete Ziffer nach dem Verhältnis ihres Anteils (ergibt sich aus dem Kapitalkonto) zu teilen. Ein Beispiel soll uns das praktisch zeigen.

---

[1]) Flechtheim, Dür.-Hach. § 105, Anm. 20 – später berichtigt J. W. 1923.
[2]) Cahn, G. m. b. H. & Co., S. 46.
[3]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 362 ff.; Staub, § 105, Anm. 20 –
[4]) Wieland, Handelsrecht, S. 554.
[5]) Staub, § 120, Anm. 7.

Eine O.H.G. bestehe aus den physischen Personen A und B und der Kapitalgesellschaft C. Die Einlagen betragen je 10000 Mark. Die Begründung eines Geschäftsvermögens durch gemeinsame Beiträge ist die weit überwiegende Regel.[1]) Aber auch jede andere Art der Einlage ordnet sich zwanglos unter die aufgestellte Regel. Die Eröffnungsbilanz der Personalgesellschaft sieht dann so aus:

Aktiva: — 30000 Mk. Passiva: — 0.

Nach 5 Jahren erfolgreicher Tätigkeit soll die Bilanz — immer ganz schematisch gedacht — so aussehen:

Aktiva: 50000 Mk. Passiva: 5000 Mk.

In der aufgestellten Bilanz der Personalgesellschaft soll die Wertfestsetzung der Aktiva nicht nach aktienrechtlichen Grundsätzen erfolgt sein. Die deshalb notwendige Umbewertung durch die Kapitalgesellschaft vermindert das fiktive Aktivkonto um 3000 Mk. auf 47000 Mk. Als ausgleichender Saldo ergibt sich daraus eine Summe von 42000 Mk. Diese Zahl ist durch 3 — (errechnet aus der Verhältniszahl $^1/_3$ der Vermögenseinlage, nicht aus der Zahl der Gesellschafter) — zu teilen. Das ergibt für die Realgesellschaft die fiktive Beteiligungsziffer von 14000 Mk. Auf gleiche Weise läßt sich ein eventueller Passivsaldo des Kapitalkontos berechnen.

Auf dem vorgeschlagenen Wege wird auch dem Bewertungskonto nach Art eines Delkrederekontos ausgewichen. Obgleich ein Bewertungskonto fast immer in diesem Zusammenhang vorgeschlagen wird (Heuer: a. a. O. S. 38 u. a.), so ist ein derartiges Bewertungskonto doch schon begrifflich etwas, was sich in eine Bilanz nicht einfügt. Es ist keine Schuld, obwohl es unter den Passiven aufgezählt wird.[2]) Außerdem ist bei einem Delkrederekonto die Gefahr der absichtlichen oder unabsichtlichen Bilanzverschleierung immer sehr naheliegend. Deshalb soll im Interesse der Bilanzklarheit und Wahrheit ein Delkrederekonto möglichst vermieden werden, was auf dem oben angegebenen Wege mühelos erreicht werden kann.

Nun behauptet aber Brodmann in seiner Abhandlung über die „G. m. b. H. & Co." (J. W. 1922/1657), daß es bilanztechnisch schlechthin unmöglich wäre, die Beteiligung in juristisch und kaufmännisch einwandfreier Weise zu buchen, weil die vollständige Bilanz der Personalgesellschaft in der der Kapitalgesellschaft erscheinen müßte. Wir haben oben nachzuweisen versucht, daß vom Standpunkt des Publizitätsprinzips und der Gläubigersicherung aus ein Erscheinen der Passiven der Personalgesellschaft in der Bilanz der Kapitalgesellschaft

---

[1]) Wieland, a. a. O., S. 539.

[2]) Rehm, Bilanzen S. 252 u. 476; Brodmann, Aktienrecht S. 370.

nicht notwendig ist. Daraus folgt logisch, daß die Aktiva erst recht nicht gebucht zu werden brauchen und nicht einmal gebucht werden dürfen, weil sonst das Bild vollständig falsch würde.

Aber auch nach materiellem Bilanzrecht ist eine derartige Buchung unzulässig, ganz abgesehen davon, daß, wie Brodmann zugestimmt werden muß, sie bilanztechnisch unmöglich ist.

Die Passiven der Personalgesellschaft sind nicht ohne weiteres Schulden der Kapitalgesellschaft im wirtschaftlichen Sinne, sondern sie hat bloß u. U. dafür einzutreten. Also nur, wenn die Warscheinlichkeit äußerst groß sein wird, daß sie für die Verbindlichkeiten der Personalgesellschaft in Anspruch genommen wird, darf sie diese Verbindlichkeiten nach Art eines Delkrederekontos buchen. Dieser Fall wird praktisch selten sein.

Die Einlagen der anderen offenen Handelsgesellschafter sind aber selbstverständlich, wie das Flechtheim (J. W. 1923/228) in seiner Erwiderung auf die Angriffe Brodmanns betont, weder Aktiva noch Passiva der Realgesellschaft. Diese Einlagen stehen ausschließlich im Vermögen der umschließenden Personalgesellschaft und haben daher nur in deren Bilanz zu erscheinen. Wie sollte auch die Kapitalgesellschaft C in dem oben durchgeführten Bilanzbeispiel dazu kommen, die Einlagen der Gesellschafter A und B unter ihre Aktiven zu buchen?

In der Bilanz der Kapitalgesellschaft hat daher nur der oben angegebene Kapitalanteil zu erscheinen, der nach den Wertsätzen des § 261 H.G.B. (§ 42 G. m. b. H.-Ges.) errechnet ist. Dieser kann je nach den Umständen als Aktiv- oder als Passivposten erscheinen.

Diese Buchung, die nach materiellem Bilanzrecht die einzig richtige ist, genügt, wenn sie klar untergegliedert, wie oben gefordert, eingesetzt ist, vollauf dem Publizitätsprinzip und den Gläubigerschutzvorschriften.

Zusammenfassend kann mit Flechtheim gesagt werden, daß die Aufstellung der Bilanz der Kapitalgesellschaft im Falle der Grundtypvermischung nicht die geringste Schwierigkeit macht, weder vom wirtschaftlichen, noch vom juristischen Standpunkte aus.

Damit ist festgestellt, daß der Gläubigerschutz hinsichtlich der materiellen Bilanzvorschriften im Falle der Grundtypvermischung voll wirksam sein kann.

2. Eigene Aktien und Geschäftsanteile der umschlossenen Kapitalgesellschaften.

Im § 226 H.G.B. ist der A.G. der Erwerb und die Inpfandnahme eigener Aktien untersagt; § 33 G. m. b. H.-Gesetz trifft die gleiche Regelung für die G. m. b. H., allerdings in engeren Grenzen.

Abgesehen von den rein juristischen Erwägungen, daß es „nicht wohl angängig ist, daß die A.G. ihr eigener Aktionär wird",[1]) weil es nicht gut möglich sei, daß sie ihre eigene Beteiligung erwerbe[2]) und daß sie durch Kauf ihr eigner Schuldner würde,[3]) war das rechtspolitische Motiv zu dieser Vorschrift wieder die Erhaltung eines liquiden Mindesthaftungsfonds für die Gläubiger.

Brodmann[4]) führt dazu aus, daß wenn die Aktiengesellschaft eigene Aktien erwerbe, sie für ihre Geldleistung etwas erhalte, was sie schon besitze. Ihr Vermögen würde um den geleisteten Preis gemindert, weil das, was sie dafür erhielt, nichts anderes als eine Beteiligung an eigenen Werten sei, die ihr bereits voll gehörten. Daraus würde natürlich folgern, daß das Gesellschaftskapital und somit der Haftungsfonds für die Gläubiger absolut um den Preis gemindert würde, ohne daß eine entsprechende Gegenleistung gebucht werden könnte. Hieraus würde sich ohne weiteres der § 226 rechtfertigen. Aber Brodmann ist darin nicht zuzustimmen, denn es besteht — rein juristisch gesehen — eine reinliche Trennung zwischen der juristischen Persönlichkeit der Kapitalgesellschaft und den Aktionären. Aber auch wenn man das Problem wirtschaftlich betrachtet, muß man schließen, daß die Kapitalgesellschaft durch den Kauf etwas erhält, was sie vorher nicht besessen, nämlich die Forderung des Aktionärs bezw. deren Untergang. – Die Gefährdung des Gläubigerschutzes durch den Kauf eigener Aktien wird wohl in anderer Richtung zu suchen sein. In der hier bedeutsamen Entscheidung vom 5. VI. 1895 hat das Reichsgericht bezüglich des § 33 G. m. b. H.-Gesetz (gilt analog für § 226 H.G.B.) festgestellt, daß diese Vorschrift ein im öffentlichen Interesse gegebenes Verbotsgesetz sei, dessen Aufgabe darin bestehe, den Schutz der Gesellschaftsgläubiger zu garantieren.[5])

Eine Kapitalgesellschaft, die sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet, wird nämlich immer geneigt sein, Stützungskäufe vorzunehmen, um das weitere Sinken der auf den Markt geworfenen Aktien zu hindern,[6]) und so eine weitere empfindliche Einbuße der öffentlichen Wertschätzung und des Kredites auszuschließen. Solche Interventionskäufe können in allgemeinen Krisenzeiten durchaus zu rechtfertigen sein, weil es sich dann nicht um Erwerbsgeschäfte „im allgemeinen Geschäftsbetrieb" handelt.[7]) Aber vornehmlich werden

---

[1]) Staub, Einleitung zu § 226.
[2]) Brodmann, § 226,1 a.
[3]) Flechtheim, J.W. 1924/680 – Rehm, § 55 III.
[4]) Brodmann, § 226,1 a.
[5]) Unger, Der Erwerb eig. Geschäftsanteile d. d. G. m. b. H. S. 20.
[6]) Gierke, J. v. Handelsrecht, S. 250.
[7]) Behrend, Lehrb. d. Handelsrechts S. 912 u. Lehmann-Ring § 226 II.

Unternehmen, die sich in wirtschaftlichen Dauerschwierigkeiten befinden, dieses Mittel anwenden,[1]) mit dem Ergebnis, daß das Geschäftskapital unter das Stammkapital herabsinkt und daß gleichzeitig die Gläubigerdeckung nicht mehr liquid sein wird. Die eigenen Aktien müssen meistens in derartigen Fällen „sehr gegen den Willen der leitenden Gesellschaftsorgane längere Zeit im Besitze der Gesellschaft verbleiben" und sind später nur zu sehr mäßigen Preisen unterzubringen.[2])

Im Grunde genommen handelt es sich also um ein verschleiertes Bilanzdelikt mit der offenbaren Tendenz, das Werturteil der breiten Oeffentlichkeit, der interessierten Wirtschaftskreise und der Gläubiger unzulässig zu beeinflussen.[3]) Deshalb sagt Fischer,[3a]) daß der Tatbestand des § 314 I H.G.B. (Bilanzverschleierung) sich meistens als Folge unzulässiger Aktienkäufe ergebe.

Wieland[4]) erblickt die Rechtfertigung des § 226 H.G.B. in dem Verbot der Einlagerückgewähr des § 213 H.G.B. Es ist Wieland zuzustimmen, wenn er sagt, daß der Kauf eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft zu Lasten des im Interesse der Gesellschaftsgläubiger gebundenen Grundkapitals gehen könnte, dann nämlich, wenn z. B. die A.G. eine pari ausgegebene Aktie wieder pari zurückkauft. Aber auch nach dieser Theorie darf man sagen, daß der Gläubigerschutz Motiv des § 226 H.G.B. ist.

Das Gesetz macht eine scharfe Trennung zwischen dem Kauf voll valutierter Aktien und dem Kauf nicht voll valutierter Aktien. Nach § 226 II H.G.B. besteht bezüglich nicht voll eingezahlter Aktien ein absolutes Kauf- und Inpfandnahmeverbot. Derartige Rechtsgeschäfte würden bestimmt der Rückgewähr von Einlagen gleichkommen, weil andere Motive hier nicht vorliegen können. Fischer[5]) weist mit besonderer Schärfe auf diesen Umstand hin. Auch würde der Erwerb nicht voll eingezahlter Aktien der Kapitalgesellschaft keine Vermehrung ihres Vermögens bringen, weil eine Verwertung solcher Aktien nur sehr schwer möglich ist.[6]) Gleichzeitig würde die A.G. durch derartige Geschäfte ihr eigener Schuldner werden, weil sie die restlichen Gelder selbst aufzubringen hätte.

---

[1]) Behrend, a. a. O., S. 911.
[2]) Fischer, a. a. O., S. 165.
[3]) Fischer, a. a. O., S. 164; [3a]) Ebenda.
[4]) Wieland, Handelsrecht, S. 284. — Kauf und Verkauf eigener Aktien in Z.H.R. Bd. 76/2 ff.; s. a. d. Zusammenstellung b. Fischer S. 164.; Ring-Schachian, S. 450.
[5]) Fischer, S. 165.
[6]) Ring-Schachian, Praxis d. Aktiengesellschaft, S. 450.

Bei der Prüfung der Grundtypvermischung hinsichtlich der Wirksamkeit des § 226 H.G.B. vom Gläubigerschutzstandpunkt aus wird man demgemäß bezüglich der Absätze I und II des § 229 zu unterscheiden haben.

Verbotene Transaktionen läßt man in der Praxis durch „Strohmänner" ausführen[1]) oder durch ein Konsortium, dem die Direktoren, Aufsichtsräte und Großaktionäre der Gesellschaften und der interessierten Banken angehören. Sehr oft erwirbt auch die Gesellschaft selbst ihre eigenen Aktien.[2]) In der Bilanz erscheinen diese eigenen Aktien dann in dem allgemeinen Sammelposten „Konsortialbeteiligungen" (Verletzung des § 314 H.G.B.).

Weiterhin wird der verbotene Erfolg dadurch erreicht, daß zwei Gesellschaften verabredungsgemäß die gegenseitigen Aktien erwerben, oder daß eine ad hoc gegründete Tochtergesellschaft die Aktien der Muttergesellschaft erwirbt und umgekehrt.[3]) Neuerdings (Bd. 108/41 ff.) hatte sich das Reichsgericht mit einem derartigen Falle zu befassen. Der Entscheidung lag der Tatbestand zu Grunde, daß zwei Tochtergesellschaften, deren Kuxe sich „fast vollständig" in den Händen der Muttergesellschaft befanden, bei einer Kapitalserhöhung der Muttergesellschaft die neuen Aktien übernehmen sollten. Auf Antrag der klagenden Minderheit der G.V. hat das R.G. diesen Kapitalerhöhungsbeschluß in einer sehr eingehenden Begründung für nichtig erklärt, weil die Zahlungen auf die neuen Aktien in Wahrheit aus den Mitteln der A.G. selbst geleistet würden. Das R.G. stellte sich damit auf den Boden der Vermögens-Einheitlichkeitstheorie.[4]) In einer neuen Entscheidung (R.G.Z. 115/253) hat das R.G. seinen früheren Standpunkt „ohne nähere Begründung" (Friedländer S. 147 Fußnote) aufgegeben. Allerdings war der Tatbestand der Entscheidung ein wesentlich anderer als der frühere. Ueberhaupt ist die Stellungnahme des R.G. zu vorliegendem Problem keine einheitliche. (R.G.Z. 103/66 ff. — 108/41 ff. — 108/322 ff. — 115/253 ff.).

Die Entscheidung des Reichsgerichts (E. 108/41) ist für unsere Arbeit von Bedeutung. Es ist nicht richtig, konzernrechtliche Gedankengänge nur auf Kapitalgesellschaften zu beziehen, wie das meistens geschieht.[5]) Wenn auch die Aktiengesellschaften bei den Konzernbildungen eine große Rolle spielen, so ist der Effektenkapitalismus doch keineswegs begriffswesentlich für den Konzern.[6]) Die einzelnen

---

[1]) Unger, a. a. O., S. 20.

[2]) Ring-Schachian, a. a. O., S. 450.

[3]) Ders.: a. a. O., S. 449.

[4]) Zuerst aufgestellt von Isay — Das Unternehmen S. 87 und 99. — Lehre von komplexen Unternehmen,

[5]) Passow, Betrieb, Unternehmung, Konzern, S. 106/8.

[6]) Friedländer, Konzernrecht, S. 36.

Rechtsformen der konzernrechtlichen Unternehmungszusammenfassungen gruppieren sich vielmehr um die verschiedensten handelsgesellschaftlichen Grundformen, u. a. auch um die Personalgesellschaften.

Bei der Teilhaberschaft von Kapitalgesellschaften an Personalgesellschaften ist den Gegnern der Einheitstheorie von vorne herein der Einwand abgeschnitten, daß die Einheit einer Vermögensmasse sich am deutlichsten in der Haftung des Vermögens für die Schulden des Vermögensinhabers ausspreche.[1]) Wenn auch die Muttergesellschaft, rein rechtlich gesehen, für die Schulden der Tochtergesellschaft nicht haftet, so haftet doch die Kapitalgesellschaft, die Gesellschafterin einer Personalgesellschaft ist, unbeschränkt für deren Schulden.

Weiterhin trifft der Einwand Friedländers,[2]) der prinzipiell Anhänger der Einheitstheorie ist, im allgemeinen für unseren Fall nicht zu, daß der § 226 H.G.B. nur den abgeleiteten, nicht den originären Erwerb von Aktien treffen will, weil die Kapitalgesellschaft in der Personalgesellschaft meist nicht den unbeschränkten Einfluß genießt, wie die Muttergesellschaft bei der Tochtergesellschaft.

Staub[3]) wendet gegen die Einheitstheorie die selbständige Rechtspersönlichkeit der beteiligten Gesellschaften ein. Das Reichsgericht hat diese „rechtliche Selbständigkeit" durchaus gewürdigt, aber auch erkannt und ausgeführt, daß das rechtspolitische Motiv des § 226 H.G.B. kein juristisches, sondern ein wirtschaftliches ist. Das Reichsgericht führt aus, daß der rechtlichen Selbständigkeit der Kapitalgesellschaften eine wirtschaftliche Verflechtung gegenüber steht; auf diese wirtschaftliche Seite sei das Augenmerk zu richten, nicht auf die formalrechtliche Seite. Brodmann[4]) vertritt den gleichen Standpunkt. Er sagt, daß in einem solchen Falle die juristische Form nicht die materielle Rechtslage vermissen dürfe. Ring-Schachian[5]) weist im besonderen darauf hin, daß die Gläubiger der Gesellschaft bei Uebernahme der Aktien durch die Tochtergesellschaft nur Mittel erhielten, die ihnen schon ganz oder teilweise verantwortlich wären; sie würden höchstens aus Gläubigern zweiten Ranges solche ersten Ranges, weil sie sich sofort an die Aktiva der Tochtergesellschaft halten könnten.[6])

[1]) Cahn, Steuer und Wirtschaft 1923, S. 1096; Flechtheim, J.W. 1924, S. 680.

[2]) Friedländer, Konzernrecht, S. 147.

[3]) Staub, § 226, Anm. 1.

[4]) Brodmann, Aktienrecht § 281,1c — G. m. b. H.-Komm. S. 188.

[5]) Ring-Schachian, a. a. O., S. 451 im Gegensatz zu Flechtheim, J.W. 1924/680.

[6]) Gleicher Ansicht Rosendorf, S. 76; Horrwitz, Schutz- u. Vorratsaktien, Anm. 24 u. 29. Goldschmit, Die Aktiengesellschaft, S. 188 und ein zu dem reichsgerichtl. Urteil erstattetes Gutachten der Handels- u. Industriekammer Berlin (Mitteilungen 1925, S. 1078).

Schwieriger ist einem Einwand Flechtheims[1]) zu begegnen, der sagt, daß das R.G. sich mit dem Satz des „sich fast vollständig im Besitze der A.G. befindlichen Vermögens der Gewerkschaften" sehr ungenau und unfruchtbar ausgedrückt habe. Dem ist zuzustimmen. Aber das ist eine Schwierigkeit, die in den tatsächlichen Verhältnissen liegt und die mit der rechtlichen Würdigung des Falles nichts zu tun hat. Das gesamte Konzernrecht kennt im Gegensatz zum Kartellrecht keine starren Grenzen, es ist fließend.

Schon hinsichtlich der Einheitstheorie darf man im Gegensatz zu Isay nicht als von einer für alle Rechtsgebiete geltenden Theorie sprechen. Gleich wie der Konzernbegriff, ist auch der Einheitsbegriff ein Zweckbegriff und als solcher relativ und von der Rechtsform unabhängig. Man wird jeweils in den einzelnen Rechtsgebieten festzustellen haben, „inwieweit rechtlich einheitliche Behandlung von Vorgängen geboten ist, die sich innerhalb eines (wirtschaftlich) einheitlichen Unternehmens vollziehen."[2]) Diese Zusammenfassung zu einer Zweckeinheit ist oben als im vorliegenden Falle für notwendig und richtig erkannt worden. Aber auch innerhalb des wirtschaftlichen und rechtlichen Einheitsbegriffes muß man wieder „sehr vorsichtig zu Werke gehen und insbesondere die Lage des einzelnen Falles nach den zugrundeliegenden wirtschaftlichen Verhältnissen berücksichtigen müssen."[3]) Das hier Gesagte gilt mit geringen Abweichungen auch für die G. m. b. H.

Nach den oben dargelegten Grundsätzen kann es nicht zweifelhaft sein, daß die „G. m. b. H. & Co. K.G." (im engeren Sinne) das Verbot des § 33 G. m. b. H.-Gesetzes zu beachten hat. Denn wenn die G. m. b. H. einziger Komplementär ist und die Inhaber der G. m. b. H. mit den eben noch erforderlichen Kommanditeinlagen an der K.G. beteiligt sind, wird trotz der reinlichen Trennung der beteiligten Gesellschaften wirtschaftlich eine Vermögenseinheit bestehen, weil eben das Vermögen der K.G. „fast vollständig" Vermögen der Komplementär-G. m. b. H. ist.

Zahlungen auf die Geschäftsanteile werden in Wahrheit aus den Mitteln der umschlossenen Gesellschaft geleistet. Der Erwerb von Geschäftsanteilen, auf welche die Stammeinlage nicht vollständig eingezahlt ist, würde einen Verzicht der K.G. auf den rückständigen Teil der Stammeinlage bedeuten, weil mit einer rechtzeitigen Wiederveräußerung des erworbenen Anteils regelmäßig nicht gerechnet werden darf.[4]) Auf diese Weise würde das Stammkapital als Gläubigerdeckung

---

[1]) Flechtheim, J.W. 1924/680.
[2]) Friedländer, Konzernrecht S. 43.
[3]) Rosendorff, Die rechtl. Organisation d. Konzerne, S. 76.
[4]) Unger, a. a. O., S. 20 — Entw. I S. 84; Entw. II S. 3746, Sp. 2.

gemindert werden. Bezüglich des Erwerbes voll valutierter Geschäftsanteile bleibt es bei der Regelung des § 33 II G. m. b. H.-Gesetz. Wenn die „G. m. b. H. & Co. KG." (im engeren Sinne) außer dem Stammkapital der G. m. b. H. noch über weiteres Vermögen verfügt, aus dem sie den Kauf tätigen kann, so ist ein solcher Erwerb zulässig.

Wenn eine A.G. einziger Komplementär einer K.G. ist, dann wird das Verbot des § 226 I H.G.B. zu gelten haben, weil in jedem Falle durch die Stellung des persönlich haftenden Gesellschafters als gesetzlicher Vertreter der K.G. die rechtspolitischen Motive des § 226 I gefährdet werden können.

Inwieweit und ob § 226 II für eine derartige Gesellschaft anzuwenden sein wird, muß die Lagerung des einzelnen Falles ergeben. Generell hier die Anwendung des § 226 H.G.B. anzunehmen, würde zu weit gehen, weil das Vermögen der K.G. bei großen Kommanditeinlagen nicht identisch zu sein braucht mit dem Vermögen der umschlossenen Aktiengesellschaft.

Ist die Kapitalgesellschaft offene Handelsgesellschafterin, dann wird man sich ebenfalls wieder an die Richtlinien des Reichsgerichtsurteils zu halten haben und mit Rosendorf (S. 76/77) die Lage des einzelnen Falles nach den zugrunde liegenden wirtschaftlichen Verhältnissen berücksichtigen müssen. Die Ansicht von Derichs (S. 31) und Kunz (S. 32 und Semmel S. 40), daß die umschließende O.H.G. in jedem Falle und ohne weitere Prüfung der Einzellage das Verbot des § 226 zu beachten hat, ist nur sehr bedingt richtig. Beide begründen ihre Ansicht damit, daß die Realgesellschaft als offene Handelsgesellschafterin Eigentümerin zur gesamten Hand ihrer eigenen Aktien würde. Dieses wäre aber ein Resultat, das durch den § 226 genau so ausgeschlossen werden sollte und das zum mindesten die gleichen wirtschaftlichen Folgen habe, wie der Erwerb durch die A.G. selbst.

Wir halten diese Ansicht in dieser Verallgemeinerung nicht für richtig. In der Denkschrift[1]) zum Entwurf heißt es, daß die Aufgabe dieser Vorschrift (des § 226) nicht sein kann, an sich legitime Geschäfte der Gesellschafter hindern zu wollen. Der umschlossenen Kapitalgesellschaft steht zwar als gesetzlichem Vertreter der O.H.G. formell das Recht zu (§ 125 I H.G.B.), ihre eigenen Aktien zu kaufen. Insofern könnte man an die Möglichkeit einer unzulässigen Kurseinwirkung denken, die durch den § 226 H.G.B. verhindert werden soll. Aber es ist doch auch der Fall möglich, daß die übrigen Gesellschafter als Vertreter der O.H.G. Aktien der umschlossenen Aktiengesellschaft kaufen wollen. Dies muß als zulässig erachtet werden, es sei denn, daß das

[1]) Brodmann, Aktienrecht, S. 200.

Vermögen der O.H.G. „fast vollständig" Vermögen der Realgesellschaft ist. Liegen diese Voraussetzungen vor, dann ist der O.H.G. der Erwerb von Aktien der Realgesellschaft verboten, weil mit einem solchen Kauf die rechtspolitischen Motive des § 226 nicht übereinstimmen würden.

Beim Erwerb nicht voll valutierter Aktien einer beteiligten Kapitalgesellschaft durch die umschließende O.H.G. wird die Personalgesellschaft Schuldnerin des Restbetrages. Es ist streitig, wie die Haftungsverhältnisse in einem derartigen Falle gelagert sind. Früher bestand Einmütigkeit darüber, daß für Verpflichtungen der Gesellschaft einem Gesellschafter gegenüber die beteiligten Gesellschafter genau so haften, wie für Verpflichtungen einem Dritten gegenüber.[1]) In der Denkschrift zum Entwurf eines H.G.B. (S. 9) ist dieser Standpunkt gleichfalls vertreten worden.

Nach diesen Grundsätzen konnte es keinem Zweifel unterliegen, daß das Verbot des § 226 II H.G.B. im allgemeinen bei der Grundtypvermischung nicht beachtet zu werden braucht, da die A.G. hier keineswegs allein für den Restbetrag haftet, sondern alle Mitgesellschafter als Gesamtschuldner in solidum.[2]) Neben der O.H.G. würden die übrigen Gesellschafter als Gesamtschuldner (§ 128 H.G.B.) verantwortlich sein für die Zahlung der rückständigen Einlagen, allerdings abzüglich des Betrages, für den die Kapitalgesellschaft selbst als Mitgesellschafter aufzukommen hat (R.G.Z. 36/60). Ein derartiger verhältnismäßiger Abzug wird die Gläubigerdeckung der Realgesellschaft nicht erschüttern können. Ist jedoch der Kapitalanteil der beteiligten Realgesellschaft „fast vollständig" identisch mit dem Vermögen der Personalgesellschaft, dann würde der § 226 II H.G.B. wieder anzuwenden sein.

Später hat das Reichsgericht jedoch einen anderen Standpunkt eingenommen, indem es während des Bestehens der Gesellschaft auch dem Gesellschafter, der eine reine Gläubigerforderung gegen die Gesellschaft hat, die gänzlich unabhängig vom Gesellschaftsverhältnis entstanden ist (z. B. Darlehen als Betriebskapital), den Rückgriff auf die Mitgesellschafter versagt, weil dies mit der Natur des Gesellschaftsverhältnisses nicht zu vereinbaren sei.[3]) Nach dieser Entscheidung könnte es zweifelhaft sein, ob der § 226 II H.G.B. nicht unter allen Umständen von der umschließenden Personalgesellschaft beobachtet werden muß, da es immerhin öfters möglich sein kann, daß das Gesellschaftsvermögen zur Tilgung der Verbindlichkeiten nicht ausreicht.

---

[1]) R.G.Z. 36/63; Makower, § 128 II a 4; Cosak, Lehrb. des Handelsrechts, S. 671.

[2]) Oppenheimer, a. a. O., S. 117.

[3]) R.G.Z. 77/102 — L.Z. 1912, S. 9123.

Diese beiden Entscheidungen sind jedoch in der Literatur scharf angegriffen worden. Nach Staub[1]) ist in erster Linie das Gläubigerverhältnis, nicht das Gesellschaftsverhältnis zu berücksichtigen. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb dem Gläubiger-Gesellschafter das Recht, die Solidarhaftung seiner Mitgesellschafter in Anspruch zu nehmen verwehrt und ihm allein die actio pro socio zugebilligt sein soll. Aber wenn auch bei der rechtlichen Beurteilung die Tatsache, daß der Gläubiger Gesellschafter ist, nicht übersehen werden soll, so wird doch der Gesellschaftstreue zum mindesten dadurch Genüge getan, daß ein derartiger Gesellschaftsgläubiger zunächst seine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen zu suchen hat und dann erst die einzelnen Gesellschafter in Anspruch nehmen darf — so Flechtheim im Dür.-Hach. Komm. § 128, Anm. 15. Dieser Ansicht Flechtheims ist zuzustimmen, da sie beiden Interessensphären vollauf Rechnung trägt.

Ausgehend von dieser rechtlichen Beurteilung und den oben dargelegten Grundsätzen, wird im Regelfalle gegen eine Außerachtlassung der Vorschriften des § 226 nichts einzuwenden sein.

Es sei zugegeben, daß das vorliegende Ergebnis diejenigen „klaren und scharfen Grenzlinien vermissen" läßt, die das Reichsgericht (R.G. 81/40) als wünschenswert für das Recht der Unternehmenszusammenfassungen erachtet hat. Aber auch das Reichsgericht mußte in seinen späteren diesbezüglichen Urteilen erkennen, daß, solange es an einer Regelung durch Sondergesetze fehlt, die Entscheidung immer von der Lage des einzelnen Falles abhängig gemacht werden muß.[2])

Wenn Aktien einer umschlossenen Kapitalgesellschaft von der umschließenden Personalgesellschaft erworben werden, dann muß dies im Geschäftsbericht der Kapitalgesellschaft erwähnt werden.

3. Nachgründungen.

Die Grundtypvermischung gefährdet weiterhin die Vorschriften des § 207. Kunz (S. 31 — gleichfalls Semmel S. 39) weist darauf hin, daß die Schutzbestimmungen betreffs Nachgründung illusorisch werden, „wenn die A.G. als Gesellschafterin an einer Personalgesellschaft teilnehmen würde, denn die O.H.G. könnte jederzeit solche Anlagen erwerben, ohne daß es der Zustimmung der Generalversammlung bedürfe". Vor die Widerlegung dieses Einwandes wird zweckmäßig eine Untersuchung der rechtspolitischen Motive dieser Vorschrift zu setzen sein.

---

[1]) Staub, § 128, Anm. 24; Dür.-Hach. § 120, Anm. 15.
[2]) Friedländer, Konzernrecht Einleitung S. 1—3.
Rosendorf, a. a. O., S. 118/119.

Der § 207 stellt zweifellos eine Schutzbestimmung für die Gläubiger und Kleinaktionäre dar.[1]) Er hat den ausgesprochenen Zweck, die Durchführung des § 186 H.G.B., sowie die damit im Zusammenhang stehenden Sicherheitsmaßregeln zu gewährleisten und so Schwindelgründungen zu vermeiden.[2]) Der Gesetzgeber wollte verhüten, daß die für Sacheinlagen getroffene Sonderregelung[3]) dadurch umgangen wird, daß zunächst eine reine Geldgesellschaft gegründet wird und nach der Eintragung der Erwerb der ins Auge gefaßten Anlagen (Sacheinlagen) durch den zur unbeschränkten Vertretung legitimierten Vorstand durch einfachen Vertrag stattfindet.[4]) Dies ist umso dringlicher, als naturgemäß kurze Zeit nach der Eintragung die Gründer noch den maßgeblichen Einfluß in der Verwaltung besitzen.[5])

Theoretisch gesehen, hat der Gesetzgeber „die mit den §§ 207, 208 H.G.B. angestrebte Erhöhung des Schutzes nur unvollkommen erreicht, mit dem § 208 sogar in das Gegenteil verkehrt."[6]) Brodmann[7]) vergleicht den § 207 plastisch mit einer Maßregel, die eine Forstverwaltung ergreift, indem sie in der Befürchtung, die Fußgänger möchten durch Abkürzung einer Wegebiegung Böschung und Wald zertreten, in der Richtung dieser Abkürzung einen Fußpfad anlegt. Daß das dann heißt, daß dieser Weg zum Gehen erlaubt ist, sei klar — Die §§ 207, 208 H.G.B. zeigen den Weg, die strengeren Schutzvorschriften der §§ 186 ff. und besonders die des § 192 auf einem vom Gesetz geebneten Nebenwege unter Beachtung minder strengerer Vorschriften zu umgehen. Dabei werden diese minder strengeren Schutzvorschriften teilweise noch zur Farce, weil erfahrungsgemäß, wenn die Beteiligten schon bei der Gründung die Absicht, den § 186 II H.G.B. zu umgehen, besessen haben, späterhin die Umgehung durch Aufsichtsrat und Generalversammlung nicht gehindert, sondern fast immer unterstützt wird.

Wenn trotzdem die Schutzvorschriften ihren Zweck meistens erreicht haben, so liegt das an der Praeventivtätigkeit der Notare und Registerrichter, die auf die eventuellen Folgen hinweisen und die Gesellschaft nicht eintragen, wenn derartige Vermutungen naheliegend sind.[8])

---

[1]) Goldschmitt, Die Aktiengesellschaft, S. 129.
[2]) Pinner, J.W. 28/2599.
[3]) Die für die qualifizierte Gründung gegebenen Sonderregeln zielen darauf ab, daß die getroffenen Sondervereinbarungen im Gesellschaftsvertrag offengelegt werden, und so nicht nur allen Beteiligten, sondern auch dem Publikum und den Gläubigern jederzeit zugänglich sind. Brodmann, § 186,3.
[4]) Staub, Einleitung zu § 207.
[5]) Brodmann, § 207,1.
[6]) Fischer, a. a. O., S. 135.
[7]) Brodmann, a. a. O. § 207,7.
[8]) So herrschende Gerichtspraxis — Staub § 186, Anm. 17. Brodmann, § 208,1K. G.E. 16/29 ähnl. R.G. 82/292 für G. m. b. H. — Goldschmit, § 207,1.

Die Ausführungen zeigen, daß die Funktion der diesbezüglichen Schutzvorschriften eine etwas problematische ist und nicht so absolut sicher wirkt, wie Kunz (S. 31) und Semmel (S. 39) das ohne weiteres unterstellen.

Wenn also auch der Wert dieser Schutzbestimmungen durch die Grundtypvermischung vollends illusorisch werden würde, dann dürfte das wohl kaum ein zugkräftiges Dokument gegen die Grundtypvermischung sein. Aber selbst diese Befürchtung trifft nicht zu. Allerdings darf man nicht mit Zahn[1]) die Lösung nach der formal juristischen Seite abbiegen und sagen, daß eine förmliche und rechtliche Verletzung dieser Schutzbestimmung bei der Grundtypvermischung nicht möglich sein könnte, weil das den § 207 verletzende Ergebnis nicht von der A.G., für die diese Vorschrift gegeben sei, sondern von einem rechtlich von ihr unabhängigem Rechtssubjekt, der umschließenden Personalgesellschaft, herbeigeführt wurde. Gegen diese Beweisführung wenden Kunz (S. 32) und Semmel (S. 40) mit Recht ein, „daß die O.H.G. eben wirtschaftlich kein von dem Gesellschafter (A.G.) verschiedenes Rechtssubjekt sei". Auch Oppenheimer[2]) muß zugeben, „daß vom wirtschaftlichen Gesichtspunkt aus der Erfolg erzielt werden kann, der durch die Schutzbestimmungen hätte vermieden werden sollen", wenn die umschließende Personalgesellschaft für einen den zehnten Teil des Grundkapitals der umschlossenen A.G. übersteigenden Betrag Anlagen erwirbt. Deshalb muß auch hier wieder mit dem Reichsgericht (Bd. 108/41) „die Sache über die Form" gestellt werden. Nach den oben (Teil III a 1. u. 2.) entwickelten Analogiegrundsätzen ist es aber durchaus zulässig und nötig, die Schutzbestimmungen des § 207 H.G.B. auch im Falle der Grundtypvermischung in Anwendung zu bringen. Es wird wieder, wie im vorausgegangenen Abschnitt, darauf abzustellen sein, ob die Kapitalgesellschaft die Personalgesellschaft wirtschaftlich kontrolliert. Ist der Kapitalanteil der Aktiengesellschaft nur ein verhältnismäßig geringer, dann bedarf die umschließende Personalgesellschaft nicht der nach § 207 H.G.B. erforderlichen Zustimmung der G.V. der Aktiengesellschaft, um einen der im § 186 H.G.B. erwähnten Verträge zu tätigen.

4. Veränderungen bei den Kapitalgesellschaften.

Als letzter Einwand, der vom Standpunkt des Gläubigerschutzes gegen die Grundtypvermischung geltend gemacht wird, bleibt der Einwand der Kapitalherabsetzung bei der umschlossenen Gesellschaft zu behandeln. Holdheim[3]) behauptet, daß die Gläubigerrechte der

[1]) Zahn, Seuff. Bl. Bd. 11, S. 116.
[2]) Oppenheimer, a. a. O., S. 119.
[3]) Holdheim, a. a. O., S. 195,7.

O.H.G.-Gläubiger gefährdet werden könnten, weil die Vermögensverhältnisse der umschlossenen Kapitalgesellschaften unabhängig von dem Einfluß der offenen Handelsgesellschafter willkürlich durch Erhöhung und Verminderung des Grundkapitals verändert werden könnten. Es ist des öfteren (u. a. von Kunz S. 25 und Cahn S. 49) zur Abwehr dieses Einwandes darauf hingewiesen worden, daß dieses in gleichem Umfange und in gleichem Maße bei den physischen offenen Handelsgesellschaftern der Fall sein könnte. Und da wir in der Grundlage unserer Abhandlung darauf hingewiesen haben, daß durch die Grundtypvermischung der Gläubigerschutz auf gleicher Höhe erhalten werden müßte, so ist auch vom Standpunkt des Gläubigerschutzes aus dieser Einwand im Prinzip widerlegt. Es mag hier erwähnt werden, daß eine Substanzverminderung bei der Kapitalgesellschaft praktisch nicht so leicht eintreten kann (abgesehen von geschäftlichen Mißerfolgen), wie bei der physischen Person, denn mit Petrazycki[1]) kann man sagen, daß die juristischen Personen frei sind von menschlichen Leidenschaften, deshalb nicht Karten spielen, keine heimlichen Geliebten haben, nicht nach Monacco reisen, und ihr Vermögen nicht auf ihre Frauen übertragen. Dieser Vergleich hinkt natürlich wie jeder Vergleich, denn die menschlichen Leidenschaften der Direktoren können in etwa den gleichen Erfolg zeitigen. Das von Petrazycki gewählte Beispiel zeigt jedoch immerhin, daß die „Willkür einer eventuellen Kapitalveränderung" auf Seiten der physischen offenen Handelsgesellschafter eine mindestens gleichwertige ist.

Auch können die Vermögensverminderungen bei den Kapitalgesellschaften nicht geheim gehalten werden. Verschärfte Formvorschriften — gerichtliche oder notarielle Beurkundungen — schließen alle unlauteren Machenschaften aus (§§ 288—290 H.G.B. und § 53, 54, 58 G. m. b. H.-Gesetz).

Teil IV.

Einfluß der Grundtypvermischung auf die Kreditfähigkeit und den Gläubigerschutz bei der umschlossenen Kapitalgesellschaft.

Die Rückwirkung der Grundtypvermischung auf die Realgesellschaft ist bezüglich der Kreditwürdigkeit und des Gläubigerschutzes rein wirtschaftlicher und kaufmännischer Art. Irgend eine Gefährdung der Gläubigerschutzvorschriften besteht nicht.

[1]) Petrazycki, Aktienwesen und Spekulation, S. 37.

Was die wirtschaftliche Seite der Beteiligung angeht, so ist Riffat[1]) zuzustimmen, wenn er in seiner Untersuchung über die Kreditfähigkeit der A.G. im Falle der Grundtypvermischung sagt, daß die Beteiligung eine schwere Belastungsprobe für die A.G. sein könnte. Aber das sind rein kaufmännische Erwägungen. Die Rückwirkung ist lediglich „eine tatsächliche Folgeerscheinung ihrer Beteiligung an einer O.H.G."[2]) Wenn die juristische Person den Gesellschaftsvertrag zum Eintritt in eine Personalgesellschaft abschließt, so tut sie das gleiche wie eine physische Person beim Eintritt in eine Personalgesellschaft; sie verzichtet teilweise auf ihr Selbstbestimmungsrecht und unterstellt ihr Gesellschaftsvermögen den Handlungen Dritter. Dadurch erhält sie aber keine neue Vertretung und die Verbindlichkeiten, die sich aus dem Eintritt in die Personalgesellschaft ergeben, haben ihren Ursprung in dem Gesellschaftsvertrag, den sie durch ihre Organe abschließen ließ. Es wird immer von der geschäftlichen Tüchtigkeit der Verwaltung abhängen, ob die Beteiligung zu einer Belastung oder zu einem Gewinn für die Realgesellschaft wird.

Das Gesetz, betr. die Ewerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften läßt einen der Grundtypvermischung analogen Fall positiv zu. Das Genossenschaftsgesetz sieht in den §§ 9 II und 43 IV den Beitritt jeder Handelsgesellschaft zu jeder Genossenschaft, selbst einer solchen mit unbeschränkter Haftung vor. Obwohl auch hier die umschlossene Gesellschaft von den Organen der umschließenden Genossenschaft mit verpflichtet wird, hat das Gesetz die Mitgliedschaft ausdrücklich zugelassen, trotzdem die Zweckbestimmung der Genossenschaft, die die Ansprüche und die Interessen des Mittelstandes, der Arbeiter und der kleinen Beamten zu wahren hat, größeren gesetzlichen Schutz erfordert, als die juristische Person, die durch wirtschaftlich erfahrene Vorstandsmitglieder geleitet wird.

Das „Beteiligungsgeschäft" ist bezüglich seiner wirtschaftlichen Beurteilung mit jeder anderen kaufmännischen Betätigung auf eine Stufe zu stellen; hier wie dort ist das Risiko im Prinzip das gleiche.

Schließlich ist die Belastung durch eine wirtschaftlich schlechte Beteiligung nicht größer, als die durch eine schlechte Verwaltung überhaupt. Auch diese kann die Realgesellschaft mittels ihrer unbeschränkten Vertretungsmacht durch leichtsinniges Geschäftsgebahren in untragbare Schuldverhältnisse bringen.

---

[1]) Riffat, Diss. a. a. O., S. 46.

[2]) Bayer. Oberst. Landesgericht vom 16. Februar 1912.
Staub-Hachenburg, G. m. b. H. 1913, § 13, Anm. 7.
Moll b. Holdheim, 13/150.

Die Rückwirkung der Beteiligung ist also praktisch ein Problem guter oder schlechter Verwaltung, denn „vom Prinzipal, vom Direktor, vom Geschäftsführer hängt alles ab".[1] Wenn die Realgesellschaft bei einer K.G. alleiniger Komplementär ist, dann trifft das eben Gesagte sogar in des Wortes reinster Bedeutung zu. Wie weit man im übrigen wirtschaftlich nachteilige Rückwirkungen durch eine besondere Gestaltung der Gesellschaftsvertragsverhältnisse ausschließen kann, ist im Rahmen unserer Arbeit nicht zu untersuchen.

---

[1] Manasse-Levi, Die Vergleichstechnik bei Zahlungsschwierigkeiten, Berlin-Wien 1930, S. 11.
L. A.